PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA UNIVERSITÀ DI PISA

8

NICOLA COVIELLO

LA «PROPRIETÀ COMMERCIALE» NELLA DINAMICA DELL'AZIENDA

DOTT. A. GIUFFRÈ · EDITORE · 1966

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA UNIVERSITÀ DI PISA

8

NICOLA COVIELLO

LA «PROPRIETÀ COMMERCIALE» NELLA DINAMICA DELL'AZIENDA

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1966

INDICE-SOMMARIO

Capitolo I

L'ELABORAZIONE DELLA « PROPRIETÀ COMMERCIALE »

Capitolo II

LA «PROPRIETÀ COMMERCIALE » NELLA LEGISLAZIONE STRANIERA

Capitolo III

LA « PROPRIETÀ COMMERCIALE » NELLA LEGISLAZIONE E NELLE PROPOSTE DI LEGGE IN ITALIA

Capitolo IV

ORIENTAMENTI DOTTRINALI SULLA « PROPRIETÀ COMMERCIALE »

CAPITOLO V

LIMITI DI RILEVANZA DELLA « PROPRIETÀ COMMERCIALE » NEL DIRITTO POSITIVO VIGENTE

CAPITOLO VI

PROSPETTIVA SISTEMATICA DEL FENOMENO IN RELAZIONE ALL'AZIENDA

CAPITOLO VII

TUTELA DELL'AVVIAMENTO

Capitolo VIII

LINEAMENTI CONCLUSIVI DELLA COSTRUZIONE E SUOI ASPETTI *DE IURE CONDENDO*

Capitolo I

L'ELABORAZIONE DELLA « PROPRIETÀ COMMERCIALE »

Sommario: 1. Metodologia per la ricerca preliminare. — 2. Avviamento commerciale e avviamento commerciale immobiliare. Preferibilità della seconda espressione sul piano terminologico. Postulati della proprietà commerciale: l'avviamento riferito all'immobile sede dell'attività; l'immobile di proprietà altrui; la fattispecie della locazione. — 3. Significato convenzionale dell'espressione « proprietà commerciale ». Motivo di fondo che anima la questione, sentita come rivendicazione di categoria: la tutela del lavoro del commerciante. La conferma delle fonti e della dottrina. — 4. Il momento dello « sfratto » e la libertà di autoregolamento delle parti. Le conseguenze dannose per il commerciante al termine del rapporto locatizio: circostanze concrete che giustificano il movimento a favore della proprietà commerciale. Denuncia dell'insufficienza normativa della locazione per la tutela dell'inquilino commerciante. — 5. Restrizione della problematica alla locazione, punto di partenza e di arrivo della complessa questione; esclusione di riferimento ad al.ri rapporti contrattuali analoghi. Ricerca dei motivi: individuazione di uno di questi nell'accostamento del nostro argomento all'altro dei miglioramenti nella locazione. La riprova delle fonti. Negazione che la proprietà commerciale sia stata sentita e prospettata come problema di principio e, cioè, avulsa dal rapporto di locazione. Conseguente ridimensionamento di alcune formule correnti che possono trarre in errore: loro corretto significato. — 6. Ulteriore qualificazione della fattispecie: necessità che l'avviamento immobiliare, perduto dal commerciante, sia goduto dal proprietario o dal nuovo inquilino commerciante. Richiamo a due progetti che sembrano fare eccezione all'ordine di concetti universalmente accolti dai sostenitori della proprietà commerciale. Importanza della destinazione specifica del locale ad uso commerciale. — 7. Cenni conclusivi. Inopportunità di definire la proprietà commerciale con una formula di sintesi e insufficienza delle affermazioni espresse in dottrina. Proprietà commerciale come diritto sull'avviamento. Critica. Proprietà commerciale come forma di tutela dell'avviamento. Critica.

1. La questione della proprietà commerciale, se considerata come problema non solo pratico ma anche teorico, si presenta

di particolare difficoltà, a cominciare dalla singolare terminologia che la contrassegna, atta, più che altro, ad ingenerare dubbio e diffidenza nell'interprete, com'è praticamente accaduto (1).

Non è agevole, infatti, cogliere il significato dei termini, che fanno pensare subito all'istituto della proprietà, intesa come diritto reale; o ad un aspetto di questa, qualificata per l'appunto commerciale perché ne è oggetto l'attività del commerciante.

Non è, sopratutto, d'intuizione immediata il sinonimo « avviamento commerciale » o « avviamento commerciale immobiliare », di preferenza usato nei progetti di legge e nei memoriali, che rende maggiormente oscura quella espressione. Sicché viene comunemente criticata come impropria, come polemica, senza, però, essere in nessun modo illuminata. Si bandisce, al riguardo, ogni preoccupazione; si cerca, piuttosto, di porre la questione nel suo atteggiarsi concreto (2), omettendo

(1) Cfr., in via generale, TORRANT, *La défense de la propriété com.*, Grenoble, 1919, p. 5; JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Rapport fait au nome de la Com. d'ét. législ.*, in *Bulletin de la Soc. d'études législ.*, Paris, 1923, p. 280; RAMARONY, *La proprietà commerciale in Europa*, in *La proprietà edilizia*, Roma, 1930, p. 5 (dell'estratto); dello stesso a., *Che cos'è la pretesa « proprietà commerciale »?*, *ivi*, 1934, p. 5 (dell'estratto); CHIAUDANO, *La tutela della proprietà commerciale*, Roma, 1925, pp. 11-12 (ed aa. ivi citati); dello stesso a., anche, voce *Proprietà commerciale*, in *N.D.I.*, 1939, p. 697; e, prima, *La tutela della proprietà comm. e la locazione dei negozi*, Torino, 1922; POLACCO, *Sulla cosiddetta « proprietà commerciale »*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 101; MARCHIERI, *Nozioni e limiti della « proprietà com. »*, Torino, 1926, p. 37; LURASCHI, *La tutela della proprietà commerciale*, Milano, 1923, p. 47; ROTONDI, *Progetti e discussioni in Italia per la tutela della c.d. proprietà commerciale*, in *Sulla tutela dell'avviamento commerciale*, Roma, 1956, p. 97 (ora, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1957, pp. 433 ss.); MESSINEO, *Riflessioni sulla c.d. proprietà commerciale*, *ivi*, p. 107; PRATIS, *La tutela delle locazioni commerciali e industriali*, Roma, 1950, pp. 7-10; MURANO, *La così detta proprietà commerciale e la sua tutela*, Napoli, 1950, pp. 3 ss.; TABET, *La tutela dell'avviamento commerciale nel contratto di locazione*, Milano, 1963, p. 7; cfr. anche diversi aa. nella raccolta di consensi e dissensi d'interlocutori, dal titolo, *La tutela dell'avviamento, « Proprietà commerciale »*, Roma, s.d. (ma 1934), ad es. p. 35 e p. 129.

La dottrina, sia favorevole che sfavorevole alla proprietà commerciale, concorda sull'improprietà terminologica. V., invece, ora, AMADUZZI-BIANCHI, *Alcune osservazioni sulla proposta di legge riguardante la « tutela giuridica dell'avviamento commerciale »*, in *Riv. dott. comm.*, 1962, p. 7.

(2) PRATIS, *La tutela*, cit., p. 8; AULETTA, voce *Clientela*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 211-212.

la chiarificazione dei concetti che in quella terminologia si adombrano.

A noi pare, invece, non inutile e indiscutibilmente opportuna alla preliminare comprensione della questione, la ricerca del significato che la pratica e la dottrina hanno inteso dare ai termini usati. L'esattezza del metodo è, per altro aspetto, confermata dalla constatazione critica circa l'adozione, da parte della dottrina più recente, di concetti differenti, resi con le stesse espressioni della dottrina anteriore: sicché quando si parla di avviamento nella dottrina moderna si ragiona intendendo tutt'altro dall'avviamento della dottrina precedente, per prima interessatasi alla proprietà commerciale (3).

2. Nella ricerca, la ricordata sinonimia, avviamento commerciale e avviamento commerciale immobiliare (4), aiuta a comprendere che la questione è stata sentita sul terreno pratico dai commercianti, come problema di categoria (5).

Delle due espressioni, è la seconda (6) ad introdurre più da vicino l'argomento e a delinearne in qualche modo l'ambito.

Tralasciamo la dizione avviamento commerciale, come troppo generica e di nessun ausilio, per preferire l'altra, più orientativa, di avviamento commerciale immobiliare. Ci si può rendere conto che non si tratta dell'avviamento in senso tutto generale, bensì nell'altro specifico e ristretto di avviamento derivante da un'attività commerciale e riferito ad un immobile; più brevemente, riferito all'immobile in cui l'attività viene svol-

---

(3) Più oltre, pp. 72 ss.

(4) Vedila nei progetti e negli studi sull'argomento più avanti citati. Cfr. intanto, CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 61 (v. pp. 11-12); ed anche voce, *Proprietà commerciale*, cit., p. 697; DE MARTINI, *Proprietà commerciale, avviamento e disciplina delle locazioni*, in *Foro it.*, 1948/49, p. 137; D'ALBERGO, *L'assurdo economico dell'avviamento commerciale immobiliare*, in *Sulla tutela dell'avviamento commerciale*, Roma, 1956, p. 11; p. 5, 9.

(5) Cfr. cap. II e cap. III.

(6) L'espressione è caduta in disuso ed ha ceduto all'altra, più generica, di avviamento commerciale, dizione — come vedremo — polisensa.

ta (7). È questo un primo punto fermo, emergente dalla retta interpretazione del movimento di pensiero a favore della proprietà commerciale, che non va sottaciuto a scanso di equivoci.

Nella tesi degli interessati si dà rilievo al fatto, dichiarato evidente ed incontestabile, che il commerciante valorizza l'immobile dove opera, per la natura stessa dell'attività che svolge, grazie alla quale di continuo si trova in contatto col pubblico dei consumatori, necessitati a riferirsi al locale, sede dell'attività che li richiama. Sotto questo profilo, l'attività del commerciante non solo si esteriorizza nell'immobile, ma, in un certo senso, si spersonalizza in esso, favorendo l'abitudine nella clientela a frequentarlo — e ciò non soltanto nel significato materiale della parola; mentre di riflesso, ma con certezza, il valore redditizio dello stabile aumenta (8).

Non si dubita punto dell'impostazione. Mutuando dalla realtà economica, non si discute il concetto di avviamento, inteso come aumento di reddito o anche come valore eccedente la capitalizzazione del profitto ad un tasso variabile da caso a caso.

Anzi, è di un'autorevole dottrina la precisazione che, specie nel caso in esame, non può l'interprete creare un dissidio fra l'economia e il diritto (9). Si vuole, cioè, chiarire, più o meno efficacemente, che altro non interessa al di fuori dell'avviamento dello stabile; più significativamente, dell'avviamento procurato al negozio dal commerciante.

In un raffronto di sintesi, per meglio rendere l'aspetto più vero della questione, si deve contrapporre il commerciante all'immobile, economicamente arricchito dall'attività ivi svolta;

---

(7) Sul punto, oltre alle opere che saranno nel seguito richiamate, cfr. le vivaci sintesi di D'Alberco, *L'assurdo economico*, cit., p. 12 ss.; e di Jemolo, *Proprietari d'immobili ed avviamento commerciale*, in *Sulla tutela dell'avviamento commerciale*, Roma, 1956, p. 49 ss.

(8) Chiaudano, *La tutela*, cit., p. 22 ed aa. ivi citati.

(9) Polacco, *Sulla cosiddetta « proprietà commerciale »*, cit., pp. 109-110. Lo segue, Fodale, *Ancora sulla così detta proprietà com.*, in *Diritto e pratica com.*, 1930, pp. 5-6 (dell'estratto).

e non già nel senso generico del soggetto distinto dall'oggetto, bensì nell'altro tutto pratico di chi, in ipotesi commerciante, ha con la propria opera aumentato il valore redditizio del locale senza poterne godere, perché l'immobile è di proprietà altrui (10). È questo un secondo punto fermo: la proprietà commerciale postula l'opera del commerciante e l'immobile di proprietà altrui, adibito a sede di commercio.

S'intende meglio perché la questione è quasi sempre presentata, nella pratica e dalla dottrina, come una rivendicazione di categoria (11): nasce, infatti, dallo scontento dei commercianti (12), che avanzano le loro complesse proposte, nella convinzione di non poter godere, in modo pieno ed esclusivo, il frutto del proprio lavoro del quale beneficia, lo sappia o no, il proprietario dell'immobile.

Questo terzo aspetto, che vale maggiormente a porre il problema nella sua naturale concretezza, emerge dalla considerazione del costante riferimento all'unica fattispecie della locazione, in esclusione di ogni altra.

È questo un ulteriore punto fermo: si parla della proprietà commerciale sul fatto del contratto di locazione; o, meglio, postulando la situazione effettiva che il rapporto origina e in riferimento al termine del rapporto stesso (13).

---

(10) RICAUD, *Le conflit de deux propriétés* (*propr. imob. et « propr. comm. » - Le socialisme et les petits commerçants*), in *Annuaire de droit com.*, 1921, pp. 113 ss., spec. p. 113 e 114; FUBINI, in *Revue tr. de droit civil*, 1923, pp. 987-900.

(11) V., in via generale, RICAUD, *Le conflit.*, cit., pp. 113, 114, 116, 117 ss., p. 23; BERGÉ, in *Revue tr. de l'Inst. Belge de droit comparé*, 1927, p. 15; DEGUELDRE, *La propriété com.; étude de droit comparé*, Paris, 1935, p. 9-10; FOURNET, *La propriété com.*, Lille, 1925, p. 12. Cfr. i richiami ai luoghi opportuni (cap. II e cap. III).

(12) DEGUELDRE, *La propriété com.*, cit., p. 41 commenta con efficacia: « Mais tous les efforts du commerçant — peut-être tous les efforts d'une vie — peuvent être annihilés à un moment facilment prévisible, à l'expiration du bail quand le propriétaire de l'immeuble peut refuser de renouveler le bail de son locataire ».

(13) Cfr., per tutti, RAMARONY, *La proprietà commerciale in Europa*, cit., p. 5, il quale ci pare sintetizzare bene il movimento d'iniziative e d'idee in favore della proprietà commerciale.

A migliore orientamento, giova dire subito, anticipando la indagine critica della dottrina sull'argomento, che l'affermazione ultima può suscitare perplessità e riserve. Nel pensiero favorevole alla proprietà commerciale si legge, infatti, che il diritto del commerciante a non vedere utilizzato da altri il frutto del suo lavoro, dev'essere difeso non solo al termine della locazione ma anche in pendenza di questa, venendosi, così, a distinguere due momenti nella tutela della proprietà commerciale. A tale scopo, si afferma, è necessario togliere ogni vincolo al diritto del commerciante, fin nel settore contrattuale, considerando nulle le clausole contrarie alla dichiarata esigenza (14).

Ma ben si comprende che la distinzione, proposta per tutelare l'avviamento commerciale immobiliare anche durante la locazione, non vuole revocare in dubbio il fatto certo per cui la proprietà commerciale nasce in vista della situazione che si crea al termine del rapporto locativo ed assume rilevanza solo per questo, perché allora diviene operante. Mira esclusivamente a prepararne le condizioni favorevoli in un momento antecedente, onde assicurarne la piena tutela al suo porsi.

La conferma è, del resto, nella preoccupazione espressa di riconoscere, in ogni modo, al conduttore uscente un'indennità corrispondente all'avviamento del locale (15).

Si può dire, semmai, che nel pensiero in considerazione è vivo il senso della proprietà commerciale intesa come principio — sia detto con riserva di precisazione (16) —; e sta bene. Ma ciò non è ancora negare che anche per la dottrina in esame la proprietà commerciale è legata alla locazione, ed esclusivamente a questa, ed opera concretamente al termine del rapporto.

In vista della cessazione della locazione si auspica la nul-

---

(14) CHIAUDANO, *La tutela*, cit., pp. 53 ss.
(15) CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 57.
(16) V. più avanti, al n. 5.

lità *ex lege* di clausole contrattuali, al fine di preparare il terreno al manifestarsi pieno della tutela, come già abbiamo detto.

D'altronde, la proposizione assume il suo vero significato quando si consideri che la dottrina in discorso sostiene la difesa della proprietà commerciale sul fondamento della tutela del godimento del lavoro, spettante in ogni caso all'autore, perché tale godimento non venga sminuito o non sia « usurpato » dal proprietario del locale. Ma il locatore non può certo « usurpare » il frutto del lavoro del conduttore durante la locazione; di questo non dubita la dottrina richiamata.

I pochi cenni ci sembrano sufficienti per continuare con speditezza nell'indagine preliminare che ci occupa.

3. Come siamo venuti esponendo, e meglio diremo più avanti, la proprietà commerciale è un'espressione che indica l'esigenza di tutelare l'avviamento procurato al negozio dal commerciante, al termine della locazione.

Per rendere più efficacemente questo momento, si parla decisamente di sfratto, senza badare a precisione di linguaggio, che non preoccupa minimamente nella materia (17).

Nel suo significato immediato e costante, l'espressione è rigidamente convenzionale: si riferisce soltanto alla situazione delineata e la indica restrittivamente (18). Per comprenderla, bisogna rimanere nell'ambito tutto concreto per il quale è stata proposta, cercandone in esso la giustificazione empirica. Ed è probabilmente seguendo questa traccia che si giunge ad una soluzione soddisfacente, a patto però di sfrondare i motivi polemici, atti a mettere continuamente in difficoltà l'interprete. Una volta superato l'ostacolo, si coglie in tutta evidenza la nota predominante che contrassegna memorie e progetti di legge: i commercianti, con un'iniziativa di categoria, chiedono la tutela del proprio lavoro, talché, al di là delle soluzioni prospettate

(17) Affermazione corrente: v. Chiaudano, *La tutela*, cit., p. 11.

(18) Pratis, *La tutela*, cit., p. 8.

fra loro differenti, l'unica aspirazione tutte le avvicina, tesa com'è ad assicurare all'imprenditore il godimento della sua opera, in modo pieno ed esclusivo, senza che sia distratto, nemmeno in minima parte, a favore di altri o vada perduto (19).

Numerose sono le testimonianze delle fonti in questo senso.

Si ritiene che l'avviamento procurato al locale debba essere riconosciuto nella sua realtà di valore creato dal lavoro, già acquisito nelle consuetudini con molteplici denominazioni (gioia, accorsatura, ecc.), varie forme di una stessa sostanza (20).

Conseguentemente, si afferma che compete unicamente « a chi lo ha creato » (21), né è ammissibile che lo sfratto, e cioè la cessazione della locazione, metta il commerciante nella « triste condizione di veder distrutto in tutto o in parte » quell'avviamento (22).

Particolarmente dalla constatazione che il commerciante, al termine del contratto, può addirittura non avere ammortizzato il capitale impiegato per l'esercizio della sua attività, si richiama l'attenzione sul maggior reddito, faticosamente acquistato all'immobile, costituente una porzione del suo guadagno che, col perdere la disponibilità del locale, viene sottratto all'autore; e « allora il commerciante è espropriato di una parte dei frutti del suo lavoro » (23).

Si chiariscono le affermazioni passando ad esempi pratici, come il seguente. « Un brav'uomo s'installa al pianterreno di un immobile, stipula un contratto da nove a dodici anni,

---

(19) Murano, *La cosiddetta proprietà commerciale*, cit., pp. 20 ss., pp. 26 ss. (e aa. ivi citati).

(20) Chiaudano, *La tutela*, cit., p. 62 (dov'è riportato il testo della Petizione della Confederazione Gen. del Commercio it. per il riconoscimento della proprietà commerciale del 9 giugno 1922). Contra, specificamente, Fubini, in *Studi sulla proprietà com.*, Milano, 1925, p. 118. Cfr. Luraschi, *La tutela*, cit., pp. 109 ss.

(21) Chiaudano, *op. loc. cit.*

(22) Chiaudano, *op. cit.*, p. 63.

(23) Cfr. il testo del Progetto di legge presentato alla Camera dei deputati in Francia il 5 giugno 1914, in *Annales de la Chambre des Députés. Documentes parlamentaires*, Parigi, 1915, p. 1846, alleg. n. 55, riportato in Chiaudano, *op. cit.*, p. 85.

impegna in un fondo di commercio dei capitali modesti, col suo lavoro fa fruttare questo fondo, acquisisce una numerosa clientela, la sua azienda rappresenta, in conseguenza del suo lavoro, un valore più grande che al giorno in cui l'ha iniziata» (24); ebbene, non si può negargli di utilizzare quel frutto ultimo della sua fatica.

La stessa idea di fondo anima le proposte più temperate che cercano di armonizzare opposte esigenze. In esse si fa richiamo espresso all'ingiustizia nascente quando «al momento della rinnovazione del contratto il proprietario dell'immobile possa speculare sul risultato acquisito dal locatario, sia per spossessarlo, sia per utilizzarlo» (25), mentre, proprio allora, si avverte più acuta l'esigenza di tutela.

L'opera del commerciante viene sentita come concentramento di clientela; e, a proposito, si fa notare che la sua attività crea «intorno alla sede dei suoi affari un ambiente commerciale» e la trasforma da immobile puro e semplice, e cioè considerato quale cosa, in un centro d'attrazione per la clientela; con la conseguenza che approfittare di questo avviamento e di questo ambientamento commerciale è sicuramente appropriarsi dei frutti «che un'altra mano avrebbe dovuto legittimamente raccogliere» (26).

Egualmente esplicita, per l'argomento che ci occupa, l'affermazione secondo la quale «l'avviamento nasce dal lavoro» e «coll'andare del tempo si oggettiva e si rilega al locale»; ne è quotidiana riprova il fatto incontestabile per cui la «clientela

---

(24) Chiaudano, *op. cit.*, p. 88.

(25) Cfr. il testo della Proposta di legge Berry del 26 giugno 1914, in *Annales de la Chambre des Députés*, cit., p. 1893, alleg. n. 162, riportato in Chiaudano, *op. cit.*, p. 96. V. Rotondi, *La tutela dell'avviamento di fronte al locatore del negozio*, in *Studi Univ. Pavia*, Pavia, 1925, pp. 112 ss., il quale riferisce ampiamente sui progetti qui di seguito ricordati. Lo studio del Rotondi è, ora, riprodotto in *Scritti giuridici*, cit., pp. 15 ss.

(26) Cfr. il testo della Proposta di legge Bureau in data 11 luglio 1914, in *Annales de la Chambre des Députés*, cit., p. 2047, alleg. n. 377, riportato in Chiaudano, *op. cit.*, p. 100.

già formata, può permanere legata, connessa intimamente ed indissolubilmente al locale » (27).

La posizione della dottrina non è meno univoca sul punto. In essa, infatti, si riferisce costantemente l'avviamento, inteso nel significato tutto economico già riportato, all'attività lavorativa del commerciante (28) e su questo dato d'ipotesi si enunciano le teorie più varie circa la giustificazione, nel diritto positivo, della proprietà commerciale.

Come meglio diremo, nonostante si faccia questione di avviamento e di azienda, vano sarebbe ricercare nella dottrina il senso dell'avviamento quale figura generale, inerente all'azienda, come siamo abituati a meditare nello studio della teoria dell'azienda, specie con l'avvento del codice vigente. Si tratta, invece, nelle parole e nelle intenzioni — sopratutto nelle intenzioni — dei promotori, di un avviamento differente, che origina direttamente dal lavoro del commerciante (29), ed assume rilievo in quanto aderisce al locale dove questi esercita la sua attività, valorizzandolo con l'incrementarne il reddito.

Ma si va oltre in dottrina; e, sviluppando con coerenza le premesse, si giunge ad affermare che bisogna riconoscere al conduttore per quanto di lavoro e di opere abbia accresciuto il va-

---

(27) Cfr. il testo della Discussione al Senato it. del 24 febbraio 1922 per l'approvazione dell'art. 6 d.l. 3 aprile 1921, n. 331 in *Atti parlamentari - Senato - Documenti - Leg. XXV*, pp. 3881 ss. (docc. 259, 119, 257, 126, 282, 273); riportato in Chiaudano, *op. cit.*, pp. 197-198.

(28) Ascoli, *Sulla tutela della così detta proprietà com.*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 418; dello stesso anche, *Ancora sulla c.d. proprietà com.*, *ivi*, 1922, p. 99.

(29) Mariani, *L'analisi del valore di avviamento e della proprietà com.*, Rocca S. Casciano, 1923, p. 57, per il quale l'avviamento è « un valore economico creato dal lavoro », secondo la definizione proposta dalla *Relazione sulla proprietà com. presentata al Governo dal sindacato dei Commercianti, Artigiani, Esercenti, della Provincia di Bologna, addì 15 aprile 1923*, ivi richiamata.

Cfr. Bruschettini, *La tutela della locazione commerciale*, in *Dir. e prat. com.*, 1929, I, pp. 61 ss.; Petraccone, *La proprietà com.*, in *La proprietà edil. it.*, 1932, n. 2; Salandra, *Sulla cosidetta proprietà com.*, in *Ann. dir. comp. e studi leg.*, 1933, III, pp. 203 ss. Dei documenti più recenti, v. *Atti del convegno per la tutela dell'avviamento com.*, Milano, 1957, *passim*. p. 44.

lore del locale (30). Il commerciante spende la sua opera a vantaggio dell'immobile, nello stesso modo in cui impiega capitali per il miglioramento dello stesso; per cui una discriminazione che non tiene conto dell'unica realistica situazione per isolarne i due aspetti e tutelarne uno solo, non si deve approvare, perché lavoro e impiego di capitale rappresentano egualmente due costi per il commerciante (31).

Si può dire che è così evidenziato il punto nevralgico della questione.

In questo ordine di idee, particolare rilievo assume il riferimento, pressoché costante negli autori italiani, agli istituti storici dello *ius stantiandi* e *ius intraturae* (32).

Figure, come si sa, vivamente discusse nel loro fondamento giuridico, spesso confuse nelle fonti (33); e, a nostro giudizio, poco opportunamente richiamate, ma certamente di sommo interesse per il problema di fondo che qui si considera.

Ci pare, infatti, esatta nella sua portata, oltreché promettente di spunti costruttivi per una seria indagine storica, la considerazione esegetica circa il potere riconosciuto agli artigiani e ai mercanti, di ottenere un indennizzo per la perdita di avviamento conseguente al rilascio del locale.

Il diritto fu prima degli artigiani; poi, in un secondo tempo, fu esteso ai mercanti. La priorità dimostrava, di per sé stessa, l'importanza del lavoro, sia pure nella forma artigianale (34), cui era sensibile quell'ambiente sociale e a cui non rimaneva

---

(30) RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili ed il loro risarcimento*, Torino, 1914, p. 218 (ora, le precisazioni in *Riv. dir. comm.*. 1947, I, 197-199, che, però, non tolgono valore a quanto l'a. ha scritto precedentemente).

(31) Sfugge il rilievo a MESSINEO, *Riflessioni*, cit., p. 131.

(32) Cfr., per tutti, CHIAUDANO, *La tutela*, cit., pp. 26 ss.

(33) Sulla delicata e complessa problematica, lo studio, ormai classico, del ROBERTI, *Jus intraturae e Jus stantiandi*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, pp. 198 ss. V. ASCOLI, *Sulla tutela*, cit., pp. 434 ss.; ROTONDI, *La tutela dell'avviamento*, cit., pp. 160 ss.

(34) Analoga osservazione in MURANO, *La così detta proprietà commerciale*, cit., p. 27.

estraneo il sistema normativo che apprestava i mezzi di tutela. Le sanzioni giuridiche, varie e differenti, menzionate nelle fonti, hanno, probabilmente, quest'unico movente sottinteso, da cui si alimentano e sul quale s'incardinano, segnando il passo dei tempi (35).

Oltre questo dato certo, già sufficiente per un proficuo sguardo nel passato, chi volesse giovarsi del richiamo storico per intendere meglio la dottrina sulla proprietà commerciale (36), cadrebbe quanto meno in un'imprudenza di metodo, rischiando di rigettare la materia nel dubbio da cui sono avvolti lo *ius stantiandi* e lo *ius intraturae*.

Ne sarebbe anche compromessa la prospettiva di studio, poiché storicamente i due istituti nacquero e si svolsero in situazioni particolari che gli inizi del nostro secolo non riproducono (37).

Al contrario, invece, è palese lo sforzo dei sostenitori diretto a superare ogni dubbio e rendere agevole l'intelligenza della questione, impostandola sul terreno concreto della pratica quotidiana.

Si comprende, allora, più da vicino il quadro di sintesi, reso in maniera pressoché uniforme, e che segna il punto di avvio in dottrina: quando si parla della proprietà commerciale, ci si riferisce alla necessità di difendere l'avviamento del commerciante estromesso dal negozio locatogli.

---

(35) Sulla tumultuosa trasformazione della società comunale, le belle pagine di CALASSO, *Medio evo del diritto*, I, Milano, 1954, pp. 350 ss.

(36) La prevalente dottrina è, però, nel senso del testo: PRATIS, *La tutela*, cit., p. 28; POLACCO, *Sulla cosiddetta « proprietà commerciale »*, cit., pp. 105-106 (e, dello stesso a., *Relazione della commissione incaricata di studiare e predisporre una schema di disegno di legge sulla proprietà commerciale*, del 24 febbraio 1922, in *Atti parlamentari - Senato - Documenti - Leg. XXVI*, al n. 517, pp. 5 ss.; e in CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 267); MARCHIERI, *Nozioni e limiti*, cit., p. 22; MARCONE, *La tutela dell'avviamento commerciale nei rapporti di locazione*, Roma, 1951, p. 19; v. anche, *La tutela dell'avviamento, « Proprietà commerciale »*, cit., p. 10. *Adde* i rilievi di ASCOLI e ROTONDI, citt. alla nota 33.

(37) Affermazione concorde: ROBERTI, *Jus intraturae e Jus stantiandi*, cit., p. 198.

4. Nelle righe che precedono abbiamo cercato di chiarire l'affermazione, col porre in rilievo che, quando si parla di proprietà commerciale, si vuole difendere l'avviamento che va ad aumentare la quotazione dello stabile, frutto del lavoro del commerciante al quale viene meno la disponibilità del negozio. È a questo momento, cioè al cessare della locazione, che diviene operante la pretesa del commerciante, ora non più conduttore (38).

Nella terminologia corrente (39), questo momento è chiamato sfratto, come sappiamo. Ma l'espressione è polemica ed inadeguata a rendere con esattezza la situazione che vuol significare. Adombra, per lo più, la tendenza a considerare come arbitrario ed ingiustificato il gesto del locatore che non consente il rinnovo del contratto e non mantiene l'uso dell'immobile al commerciante.

Non è precisa tecnicamente, poiché non vuol alludere alle complesse circostanze di rito, che il termine richiama spontaneamente. Lo sfratto non indica l'estromissione forzosa dal locale; ma, più semplicemente, il venir meno della disponibilità della cosa locata per lo spirare dei termini contrattuali (40).

Bisogna dare risalto alla liceità del comportamento del locatore che nega l'uso dell'immobile, agendo di pieno diritto.

Di fronte al commerciante sta il locatore il quale non viola, per ipotesi, nessun diritto del conduttore; la sua condotta non è tale da causare, in qualche modo, un danno al locatario, cui non spetta più il godimento del negozio per lo spirare del termine contrattualmente stabilito. Si può ben dire che se il conduttore si trova a dover lasciare il locale, ciò deriva sicuramente da una sua libera scelta.

---

(38) Pone la questione con esattezza, ASCOLI, *Sulla tutela*, cit., p. 417.

(39) V., ad es., PRATIS, *La tutela*, cit., p. 8; nella dottrina meno recente, CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 25.

(40) Con molta precisione si esprime al riguardo, ASCOLI, *op. cit.*, p. 436, dove si legge: « s'intende quando questa (la locazione) cessi al suo termine normale e senza artificio né colpa del locatore ».

Sulla libertà di autoregolamento delle parti interessate, non nasce dubbio. In proposito, si deve bene mettere in evidenza che la questione della proprietà commerciale non si è agitata per la limitata offerta degli immobili destinati ad attività commerciale e cioè in tempi di crisi locatizia (41).

Si potrebbe avere questa sensazione scorrendo le pagine della dottrina contraria (42) che, a dire il vero, fraintende il pensiero degli assertori, sul punto chiaro e preciso. La proprietà commerciale nasce e si sviluppa, sia pure in costanza di circostanze difficili per le locazioni, al solo scopo di tutelare il lavoro del commerciante perché in nessuno dei risultati si disperda a favore di altri e, principalmente, del proprietario del locale. La piena autonomia degli interessati è scontata in partenza; è un presupposto, anzi, per la dottrina favorevole che si preoccupa della gravità di effetti pratici a danno del conduttore, conseguenti alla mancata rinnovazione della locazione.

Si noti, però, che l'assunto non è per lo più esplicito; tanto da far pensare, all'osservatore poco attento, piuttosto ad uno di quei filoni di pensiero soltanto intuito che, se avvicina in origine ogni tesi espressa sull'argomento, indica di ognuna il motivo primo di diversità. Anzi, a tutta prima, parrebbe questa una conquista della revisione critica della proprietà commerciale ad opera degli avversari i quali non hanno mancato, ogni qualvolta l'hanno potuto, di rimarcare la piena liceità della situazione dopo lo spirare del termine locatizio; talché la loro osservazione si

(41) Lo escludono esplicitamente: CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 23; MUTTARELLI, *Sulla proprietà comm.*, in *Monitore Trib.*, 1930, p. 122; BOUVIER, *Le droit de reprise du proprietaire*, Ljon, 1938, p. 10 nota 4; DE MARTINI, *Proprietà commerciale*, cit., p. 142; MALVAGNA, *La proprietà commerciale*, Siracusa, 1930, p. 5; PRATIS, *La tutela*, cit., p. 10; MURANO, *La così detta proprietà commerciale*, cit., pp. 1-3. Come diciamo nel testo, l'affermazione non è altrettanto esplicita nella gran parte degli autori.

(42) Da ultimo, D'ALBERGO, *L'assurdo economico*, loc. cit., e p. 6; GHIRON, *Sulla cosidetta proprietà commerciale*, in *Sulla tutela dell'avviamento commerciale*, Roma, 1956, p. 46 e p. 48; v. *La tutela dell'avviamento*, « *Proprietà commerciale* », cit., p. 113. Precedentemente, spec. PRATO, in *Studi sulla proprietà com.*, Milano, 1925, pp. 5 ss.; p. 124; PIGNATELLI, *ivi*, pp. 48 ss.; FUBINI, *ivi*, p. 155.

appunterebbe contro un lato debole della dottrina sulla proprietà commerciale, che avrebbe, almeno sotto questo riguardo, male impostato il problema (43). Ma così ragionare è quanto meno accusare d'ingenuità gli assertori di quel movimento di pensiero, ai quali erano fin troppo presenti i dati della questione e, come si è anticipato, proprio su quel presupposto orientavano la ricerca, nello sforzo di adeguare un aspetto tanto importante della realtà di fatto alla regola del diritto (44).

A riprova di quanto esponiamo, si pensi al tentativo di giustificare la proprietà commerciale col ricorso all'abuso di diritto (45).

È evidente che, nel caso, si fa salva in principio la situazione creatasi alla cessazione del rapporto locatizio, poiché con il riferimento all'abuso di diritto si cerca la fonte della responsabilità in un comportamento qualificato dallo stato soggettivo del locatore, il quale intenzionalmente agisce a danno del conduttore col non rinnovare la locazione e senza averne nessun vantaggio nel modo più assoluto.

In altri termini, si conviene che se è permesso al proprietario di tenere una condotta in fatto dannosa per il conduttore, o meglio, per chi conduttore non è più, non deve, però, eccedere e cioè compiere un atto che, non rientrando propriamente nel contenuto del diritto soggettivo, non gli è permesso ed è come tale illecito, secondo le regole generali.

Oltre questa ipotesi, non può farsi questione d'illiceità del comportamento del locatore, che agisce, dunque, in principio almeno, di pieno diritto.

In quest'ordine d'idee, non ci sembra si possa revocare in dubbio la fondatezza dell'affermazione sopra fatta circa la legittimità della condotta del locatore, il quale, non rinnovando

---

(43) Rotondi, *Progetti e discussioni*, cit., p. 98; Messineo, *Riflessioni*, cit., p. 125; Raselli, *Sulla tutela dell'avviamento commerciale di fronte alla proprietà immobiliare*, in *Sulla tutela dell'avviamento commerciale*, Roma, 1956, p. 75.

(44) Cfr. Decueldre, *La propriété com.*, cit., pp. 5, 18, 19.

(45) Sul problema qui accennato, oltre cap. IV.

la locazione, non lede il diritto del conduttore; sicché fa meraviglia come, in genere, i critici della proprietà commerciale non abbiano focalizzato l'argomento, badando piuttosto a servirsene per mostrarne la fallacia.

Al contrario, invece, la genesi della proprietà commerciale va riscoperta nelle circostanze dannose per il commerciante, conseguenti alla scadenza della locazione.

Come già detto, la questione si riduce tutta alla constatazione del disagio pratico subito dal commerciante non più conduttore del locale dove fino a quel momento ha operato, dalla quale prende principio la ricerca dei mezzi più adatti ad ovviarlo. Se si pensasse diversamente, si finirebbe facilmente per non capire più gli intenti degli assertori della proprietà commerciale, spostando i termini del problema, per discuterlo al di fuori del proprio ambito, com'è del resto più di una volta avvenuto. Sopratutto, non si comprenderebbe perché mai i più tenaci difensori affermino che la situazione dell'inquilino è precaria ed indifesa di fronte al proprietario. Il loro assunto sarebbe, infatti, in piena contraddizione col presupposto scontato della liceità del comportamento del locatore, il quale non è certo obbligato a mantenere il commerciante nel godimento dell'immobile. Ma ogni dubbio cade se si considera la proprietà commerciale nella vera dimensione concreta e la s'intende come esigenza di fatto di una categoria di operatori economici, i quali, nella ferma volontà di mettere riparo a situazioni sfavorevoli, non esitano a denunciare il contratto di locazione così com'è strutturato nella legge.

Si afferma decisamente che il problema della proprietà commerciale non ha base precaria; é, invece, « insito nella natura stessa del rapporto di locazione » (46), ond'è indispensabile la riforma dell'istituto volta ad eliminare quei pregiudizi.

In questo senso si orientano i progetti; e specialmente il

---

(46) CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 24 e p. 26.

progetto francese del 1918, che proponeva la modificazione dell'art. 1737 di quel codice (47).

Diremo di questi più avanti, nella trattazione opportuna (48). Qui è necessario precisare che la proprietà commerciale, e cioè quest'esigenza di utilizzazione piena del lavoro, deve essere sentita come valida dall'ordinamento giuridico e protetta con norme cogenti (49) che, una volta operanti, comportano l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, rendendo più pregnante di potere la posizione del conduttore coll'impoverire il potere del locatore, imponendogli obblighi ed oneri differenti, ma tutti volti all'eliminazione della situazione di un danno conseguente alla locazione. Perciò s'invoca concordemente la limitazione di autonomia di un termine soggettivo del rapporto a vantaggio dell'altro, in modo che la locazione a commercianti si stagli e si distingua dalla locazione in genere, per essere di questa una specie qualificata.

I motivi che si adducono sono d'intuizione immediata. Il commerciante si preoccupa dell'indispensabile e ragiona in conseguenza. Quando, al termine della locazione, non ha più la disponibilità del locale dove fino ad allora ha operato, si viene a trovare nell'impossibilità vera e propria di esercitare il suo commercio. Con la sede, gli si toglie tutto; specie se si pensa al dettagliante, che si trova in quotidiano contatto col pubblico minuto, grazie all'immobile in cui il suo lavoro si attua.

Diversamente avviene, diciamo, per la locazione comune, com'è quella stipulata ad uso abitazione. In questa circostanza « si può ammettere, in una certa misura, che il proprietario della casa occupata da un commerciante sia meno libero di disporre

(47) Cfr. Chiaudano, *La tutela*, cit., pp. 32, 167, 173.

(48) Cfr. cap. II e cap. III.

(49) Perret-Hervé *La propriété com.*, Paris, 1939, p. 4; Polacco. *Relazione*, cit., p. 272, dove si legge: « Nessun dubbio che tutte le norme dettate nella legge a tutela del commerciante debbano essere di diritto cogente a cui non si possa previamente rinunciare con clausola che il prepotere dei proprietari renderebbe abituale e di stile. La nullità di siffatte clausole è pronunciata anche nei disegni di legge francesi, pure così difformi in tutto il resto fra loro... ».

della sua proprietà, che colui che ha come locatari dei semplici privati », poiché si può asserire che « un locale affittato a un commerciante che vi impianta una bottega assume un valore sensibilmente più elevato che se fosse affittato per abitazione privata » (50), onde il danno che si risente in fatto dall'inquilino commerciante è maggiore dell'altro che pur sopporta chi commerciante non è. È certamente un disagio il cambiamento di abitazione; ma lo è molto di più il cambiamento di un negozio, poiché se il commerciante « può benissimo trasportarsi altrove, anche a poca distanza, chi può impedire però che la sua clientela e tutti i compratori non continuino ad andare dal suo successore, cioè da quello che usurperà il suo posto? » (51).

Per circostanze diverse ma egualmente eloquenti, non si dubita dell'opportunità di qualificare in maniera specifica la locazione commerciale, auspicando norme adeguate. Anzi, l'esigenza è così indiscutibilmente sentita, che non ci si dilunga sull'argomento, presupponendolo già acquisito. Onde appare quanto meno sbrigativa l'affermazione di un'autorevole dottrina (52) che, in contraddittorio con i difensori della proprietà commerciale, ha negato recisamente ogni differenza fra la locazione a un commerciante e l'altra ad un non commerciante. Dire che « il locatario si trova — di fronte al locatore — in una situazione non diversa da quella di un altro comune locatario (ad es., di un appartamento) » è disconoscere un presupposto di fatto su cui si è tentata l'edificazione della proprietà commerciale.

È qui il nucleo più vero della denuncia del contratto di locazione, considerato nella sua regolazione positiva. Conseguentemente, non se ne fa una questione di diritto, ma una questione

---

(50) Chiaudano, *La tutela*, cit., pp. 95-96 (esposizione dei motivi della ricordata proposta Berry).

(51) Chiaudano, *La tutela*, cit., p. 114; v. p. 123 (dov'é riportato il testo della relazione della Commissione del Commercio e dell'Industria sulla tutela della proprietà com. alla Camera dei Deputati in Francia del 22 ottobre 1918 che trovasi in *Annales de la Chambre des Députés*, cit., 1918, p. 1652, alleg. n. 5100. Su questa relazione v. Fournet, *op. cit.*, p. 13; e Rotondi, *La tutela*, cit., pp. 112 ss.).

(52) Messineo, *Riflessioni*, cit., p. 127.

di fatto, nella prospettiva di adeguare alla realtà concreta la normativa di legge, senza — si noti — proporre uno schema diverso dalla locazione, ma, se si vuole, uno schema integrato da disposizioni cogenti e rispondenti a criteri di giustizia distributiva (53). Negli intenti dei promotori della proprietà commerciale, la locazione non cambia nel suo fondamento di rapporto contrattuale, voluto e posto in essere dalle parti liberamente; ma va riconosciuto ad uno dei soggetti il potere di autonomia di cui l'altro già gode, per porre il commerciante nella condizione personale di perfetta parità rispetto al locatore e rendere possibili trattative effettive.

Tutto questo, però, invocato come esigenza di giustizia (54), senza troppo teorizzare (55) né disconoscere che altra è la situazione in diritto; e con l'espressa motivazione che proprio su questo presupposto bisogna muoversi e farsi sentire.

Nonostante i principi giuridici invocati e le configurazioni proposte per caratterizzare in qualche modo la proprietà commerciale, la questione rimane, sostanzialmente nell'indagine dei difensori, una questione di convenienza sociale e politica, di cui si ricercano forme di stretto diritto onde meglio facilitare la formazione della tutela positiva.

I molteplici tentativi hanno, così, dato facile spunto di critica a chi avversa il nostro istituto, perché, superato il primo ostacolo dommatico che si annida nel richiamo a categorie codificate, non è stato difficile contrapporre alle prime, altre opposte ed altrettanto valide ragioni di convenienza.

Al di là delle quali, chi si accosta all'argomento senza pregiudizio non trova difficoltà ad accertare che il contratto di lo-

---

(53) Esplicitamente, Fodale, *op. cit.*, p. 9: « In sostanza il principio della " proprietà com. " si estrinseca nel diritto ad una speciale regolamentazione dei contratti di locazione dei negozi e tutte le costruzioni giuridiche create per giustificarlo hanno avuto di mira tale regolamentazione ». Non comprende l'esigenza, Finocchiaro, *L'avviamento dell'azienda com.*, in *Arch. giur.*, 1924, pp. 66 ss.

(54) Chiaudano, *La tutela*, cit., p. 120.

(55) Chiaudano, *op. cit.*, p. 93; p. 206; p. 226; pp. 253-264.

cazione è considerato intrinsecamente ingiusto, così come si presenta, per il conduttore commerciante.

Non altro si vuole dichiarare; e, sopratutto, si esclude decisamente che la proprietà commerciale abbia altro fondamento, con la conseguenza che, fin quando ci sarà la locazione di diritto comune per i commercianti, rimarrà insoddisfatta l'esigenza insopprimibile alla tutela piena del lavoro del conduttore.

A conferma, si mette in rilievo che le circostanze di crisi locatizia non sono determinanti in proposito. Né è lecito sminuire l'importanza della questione, limitandone la rilevanza a periodi transitori, durante i quali è più marcata la scarsa disponibilità di stabili, perché così si tende a restringere la portata del problema, nell'intenzione di prospettarlo d'indole contingente e come ancorato a fatti precari qual'è in principio il blocco dei fitti.

Su questo punto, il pensiero della dottrina, chiaro e preciso, è frainteso dai critici, che più di una volta hanno affermato il contrario, come già detto.

Si osserva, anzi, che bene a proposito se ne parla in regime di blocco perché c'è speranza di ritornare quanto prima alla normalità di mercato (56). E, d'altronde, il perdurare della legislazione vincolistica non toglie nulla alla gravità della questione, poiché i commercianti chiedono una tutela effettiva e definitiva adducendo le ragioni esposte ed escludono che il regime vincolistico serva allo scopo (57). Le fonti sono esplicite in questo senso; e, come ci sembra di aver appena accennato e meglio apparirà in seguito, è ben altra la tesi dei commercianti. La richiamata insufficienza della struttura della locazione è indice sicuro per la corretta interpretazione del movimento a favore della proprietà commerciale.

In questa prospettiva, ci sembra di dover precisare ulteriormente e progredire nell'indagine preliminare.

---

(56) L'osservazione è del De Martini, *op. loc. cit.*

(57) Cfr. Chiaudano, *La tutela*, cit., pp. 24-25 (e aa. da lui cit.).

5. Come si è anticipato, il nostro problema verte intorno alla locazione, soggettivamente qualificata poiché il conduttore è commerciante. Allo scopo, si è ricordata la distinzione, esplicita a volte e ad ogni modo presupposta, tra questa locazione e la locazione in genere che si instaura tra due soggetti non qualificati. Si è anche voluto aggiugere che la locazione va riguardata in sé e per sé, come rapporto contrattuale secondo la normativa vigente, indipendentemente dalle deviazioni del regime vincolistico che, rampollate da necessità contingenti, tali rimangono per i difensori della proprietà commerciale.

La locazione, così concepita, segna il punto di partenza ed il punto di arrivo del complesso problema. È giocoforza rimanere in questo àmbito ben delimitato per studiare la nostra fattispecie.

In sintesi, si può affermare che non esiste il concetto di proprietà commerciale al difuori di quel circolo chiuso. Non si discute sull'ingresso nell'ordinamento giuridico di un principio generale che abbia la sua più urgente applicazione nella modificazione della locazione a commercianti (58). Conseguentemente, non esiste cenno, nemmeno implicito e indiretto, ad altri rapporti per i quali si potrebbe chiedere analoga tutela (59) ad impedire che altri si avvantaggi dell'aumento di valore arrecato dal commerciante all'immobile di proprietà altrui.

È il caso, ad esempio, del comodato. Si pensi ad un immobile dato dal proprietario ad un estraneo perché vi eserciti attività commerciale, con l'intesa che il comodatario non debba corrispondere il canone, volutamente non stabilito, per i motivi più diversi; o, se si vuole, tanto per rimanere sul terreno d'ipotesi concrete, con l'intenzione precisa che il commerciante valorizzi, con la sua opera, l'immobile. A tal fine, si convengono di

(58) Esplicitamente, Ramarony, *Che cos'é la pretesa « proprietà com. »?*, cit., p. 6.

(59) L'osserva, Ramarony, *op. ult. cit.*, p. 10, sia pure in polemica con gli assertori della prop. com.

buon accordo clausole che impongono al comodatario di tenere una condotta determinata, sempre nell'intento d'imprimere al locale la destinazione commerciale voluta. In una parola, si dà l'immobile in godimento gratuito perché, al termine del rapporto, sia ben avviato.

In questo ed in simili altri casi, è palese l'« ingiustizia », è palese l'« abuso » del proprietario; e non è chi non veda il maggior utile di questi, a tutto danno del commerciante, in ipotesi, l'unico artefice della fortuna di un immobile che abbiamo supposto mai prima valorizzato e sfornito di rendita di posizione. Al termine del rapporto e cioè quando il proprietario si riprende la sua cosa, si verificano le stesse condizioni di disagio per il comodatario, per la difesa del quale non si battono gli assertori della proprietà commerciale.

A lui non spetta niente altro che il gratuito godimento della sede del commercio; e non ha nulla da rivendicare.

Si può obiettare che le due fattispecie sono tra loro distanti; si può far leva sulla gratuità del rapporto per escludere che il commerciante lasci qualcosa di suo nel locale e concludere che il valore di avviamento è già stato compensato dal costo subito dal proprietario nel concedere il godimento dell'immobile senza corrispettivo.

Ma non è difficile far presente che, in via generale, è per lo meno dubbio che la gratuità rappresenti il costo della valorizzazione dell'immobile e fino a che limite ne sia l'effettivo corrispettivo, al dilà del quale entra nel patrimonio del proprietario quel margine di risultato del lavoro che fuoriesce dalla disponibilità del commerciante. Per questo plusvalore si riprodurrebbe con esattezza la fattispecie onerosa e non ci sarebbero ragioni sufficienti per escludere la tutela invocata per la locazione. Infatti, sotto questo profilo, determinante per la configurazione della proprietà commerciale, nessuna differenza sussiste tra le due ipotesi, riconducibili a due aspetti del medesimo genere.

Più specificamente, nell'esempio fatto, manca finanche la

intenzione del comodante di sopportare un costo qualsiasi e, invece, è ben chiara la decisione di utilizzare il più possibile a proprio vantaggio l'opera del commerciante. Se si denuncia la « strapotenza » del locatore, ci pare che altrettanto dovrebbe essere per il comodante.

Invano, però, si cercherebbe traccia nelle fonti di un simile ragionamento. L'elaborazione della proprietà commerciale rimane ancorata al solo rapporto di locazione e, come già accennato, non diviene un principio operativo oltre l'ambito ristretto di quel contratto.

Resta arduo individuarne le ragioni.

Non sembra che molto peso abbiano le reminiscenze storiche; la menzione dei precedenti lontani dello *ius stantiandi* e *ius intraturae* ci pare avvenga più in ossequio al passato che per far rivivere, sia pure come modello, una fonte di disciplina da adottare. Le condizioni ambientali sono diverse e di conseguenza cambia il movente dell'invocata tutela: l'idea informatrice è un'altra e, sopratutto, esclude comunque il sistema del blocco, fin troppo presente, a nostro giudizio, nella concezione di fondo dello *ius stantiandi* e *ius intraturae*.

Ci sembra di trovare riprova di quanto diciamo nell'indagine condotta dai pratici e dai teorici, favorevoli alla proprietà commerciale, circoscritta alle esigenze del loro tempo, legata molto spesso a statistiche che riflettono con immediatezza situazioni del presente e non lasciano aperture per il passato, che non richiamano direttamente (60).

Specialmente i precedenti legislativi, nell'esposizione dei motivi che li accompagnano, pongono in rilievo contingenze par-

---

(60) La dottrina francese non indugia sul riferimento allo *ius intraturae* e *ius stantiandi* e scopre le origini della prop. com. nelle esigenze maturatesi all'inizio del secolo: cfr. DEGUELDRE, *La propriété com.*, cit., p. 9, p. 13; FOURNET, *La propriété com.*, cit., pp. 5-6, p. 19; DASTE, *La « propriété com. »*, Bergerac, 1927, p. 7. Il MAROI, voce *Proprietà*, in *Diz. prat. dir. priv.*, V, 11, Milano, 1950, p. 689, afferma cautamente che « sono pressochè recenti (...) le discussioni sull'ammissibilità di una proprietà dell'avviamento (...) detta, anche, proprietà commerciale... ».

ticolari che diversificano profondamente l'orientamento delle proposte da paese a paese, sicché l'unico punto di riferimento costante rimane la richiesta di tutela piena del proprio lavoro.

La proprietà commerciale del nostro secolo nasce qualificata, allontanandosi, anche per questo aspetto, dagli istituti storici ricordati, che instauravano un sistema composito rispondente alla pluralità dei criteri informatori (61).

Il perché della restrizione della problematica alla locazione non lo cercheremmo al difuori del rapporto stesso. Pensiamo che possa essere valido punto di orientamento il riconoscimento delle migliorie a vantaggio del conduttore (62).

In via di anticipo (63), rammentiamo che la legislazione irlandese e inglese muove da questo criterio ispiratore ed accomuna nel medesimo sistema miglioramenti materiali e miglioramenti immateriali, com'è inteso l'avviamento senza troppe disquisizioni, sul precedente normativo, richiamato per analogia, che fin dal 1875 stabiliva l'obbligo del proprietario terriero di corrispondere un'indennità al fittavolo per i miglioramenti arrecati al fondo. Ci sembra questo il motivo implicito nelle fonti, ripreso a volta a volta e scartato dalla dottrina per varie considerazioni che saranno esposte in proseguo.

Non vogliamo affermare che sia l'unico motivo; che nessuno influsso abbiano avuto i precedenti storici; che, infine, la restrizione della proprietà commerciale alla locazione non sia stata suggerita dall'urgente riforma in quel settore, come si avvertiva nei fatti per bisogni immediati. Ma non riterremmo opportuno svalutare l'accostamento del nostro problema all'altro dei miglioramenti nella locazione.

---

(61) Si veda la conclusione cui giunge ROTONDI, *La tutela*, cit., p. 165 (ora, *Progetti e discussioni*, cit., p. 94).

(62) Cfr. CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 1, p. 333, il quale chiude il breve, acuto studio, con l'intuizione: « ... la questione, per quanto concerne i rapporti tra l'esercente e il locatore, si inquadra nell'istituto dei miglioramenti e si può risolvere con serietà e misura ».

(63) V. cap. II, al n. 5.

In sostanza, non è improbabile che sia valso un ragionamento semplice: se i miglioramenti spettano all'autore, perché l'avviamento, opera del conduttore, non gli spetta egualmente? Forseché l'avviamento non si traduce nell'aumento di valore redditizio dell'immobile che il proprietario utilizza, in genere, sotto forma di aumento del fitto?

Se diamo la parola alle fonti, non di rado si coglie, nei riferimenti che vi si fanno, che il risarcimento da migliorie è dedotto in argomento come ipotesi che « si accosta molto » (64) al tema trattato.

Con pari efficacia, il criterio è implicito nei progetti di legge quando si indica la determinazione del compenso per avviamento nel ragguaglio « a quella parte di aumento del valore locativo » apportato al negozio dal commerciante (65).

Più allusivamente, nell'esposizione dei motivi a favore di un progetto presentato in Francia, quasi a premessa, si distinguono due specie di maggior valorizzazione arrecata all'immobile, per richiamare l'attenzione su quella che dipende esclusivamente dall'industria e dal commercio del conduttore, e concludere, in conseguenza, che il locatore ha diritto di riprendersi il locale alla condizione di restituire il plusvalore a chi l'ha creato (66).

Gli autori che hanno creduto di giustificare la proprietà commerciale richiamandosi alla teoria dei miglioramenti nella locazione, sono stati sensibili a raccogliere questi spunti appena accennati e li hanno elaborati in sistema. Come esporremo in

---

(64) Polacco, *Relazione*, cit., p. 251.

(65) È questa la dizione del progetto Rossi (art. 6) e, prima, del progetto Polacco (art. 6) più avanti citati; V. Chiaudano, *op. cit.*, p. 237 e 230 in nota. Per una critica, Marghieri, *op. cit.*, p. 35; Chiaudano, *op. cit.*, p. 283, dove è riportato il testo delle osservazioni della Confed. Gen. del Commercio it. al disegno di l. 18 lugl. 1922, n. 517, sulla tutela dell'avviamento com., pubblicato a Roma, 1923, nel volume dal titolo, *Osservazioni al disegno di legge 18 luglio 1922, n. 517, sulla tutela dell'avv. com. e controprogetto.*

(66) Trattasi del progetto di legge 5 giugno 1914 già richiamato alla nota (23); v. Chiaudano, *op. cit.*, p. 90.

seguito (67), la tesi, che concepisce l'avviamento come miglioramento dell'immobile, ci pare regga meglio delle altre alla critica, anche se non è a nostro giudizio sostenibile e non si presta, sopratutto, a giustificare in principio la proprietà commerciale.

Sia come sia, non sarebbe corretto sostenere che la questione della proprietà commerciale è stata sentita e prospettata come un problema di principio da risolvere, perché l'ordinamento giuridico provvedesse alla tutela in sé e per sé, e cioè avulsa dal rapporto di locazione.

La locazione non è considerata come aspetto di una più vasta realtà da difendere, nel senso più preciso di fattispecie che di quel principio costituisce applicazione e, se si vuole, la più immediata ed evidente. Le affermazioni contrarie, pur frequenti e nei documenti politici e in dottrina, nonostante le apparenze, lasciano il tempo che trovano e non aggiungono nulla alla visione tutta empirica del fenomeno discusso. Se ne fa, abbiamo ricordato, una questione di giustizia, e ci si muove sulla base di considerazioni di convenienza, che la situazione, creatasi al termine della locazione, suscita.

A chi ha sostenuto il contrario, insistendo perché la proprietà commerciale venisse considerata quale ipotesi specifica di un principio già accolto nell'ordinamento, si è facilmente potuto obiettare che, se così è, non c'è ragione di tutelarla una seconda volta; e ben si è concluso che l'affermazione si riduce a un « semplice pleonasmo » (68).

Non può sfuggire, in proposito, l'indagine sottile di un'autorevole dottrina che si è prestata a fraintendimenti. Pur negando la sufficienza del diritto comune a regolare i rapporti nascenti dalla proprietà commerciale, si è indicata la ragione di legiferare *ex professo* « in quei supremi principi sui quali in ultima analisi riposa l'azione d'indebito arricchimento ».

---

(67) Cap. IV, al n. 4.

(68) Chiaudano, *La tutela*, cit., p. 204 e p. 218 (interventi nella già richiamata Discussione al Senato it. per l'approvazione dell'art. 6 d.l. 3 aprile 1921, n. 331).

Tale azione è considerata dal diritto l'*extrema ratio*, la cui portata sta nella funzione di « correggere ciò che altre regole formali potrebbero avere di contrario all'equità, senza distruggere l'utilità di queste regole... Ora, tutto questo ricorre nell'ipotesi nostra. È regola del diritto vigente che il contratto di locazione importi una cessione d'uso della cosa locata affatto temporanea (art. 1571 cod. civ.) e che il proprietario, in omaggio al suo pieno diritto dominicale e al principio della libertà contrattuale, possa esigere allo spirare della locazione che la cosa gli sia restituita né possa essere costretto a rilocarla alla stessa ditta. E sia e rimanga pure al proprietario, in applicazione di queste norme giuridiche, anche quel *plus* valore che per merito di quella ditta alla cosa si connette, ma l'ordinamento giuridico deve con altra norma sanare questa ingiustizia ch'esso stesso produce per il predetto ossequio alla proprietà e alla libertà dei contratti operando dunque come la simbolica lancia di Achille » (69). Non sono ammissibili dubbi; l'invocata tutela non si può derivare dall'istituto, legislativamente previsto, dell'indebito arricchimento (70), ma è compito del legislatore dettare norme adeguate in rispetto ed attuazione dei principi dell'equità, introducendo nel sistema positivo un'altra espressione dell'indebito arricchimento, che, già riconosciuto dalla legge, prende forza da quegli stessi principi (71). E, a differenza di quest'ultimo istituto di carat-

(69) Polacco, *Relazione*, cit., p. 253. Il pensiero dell'illustre a., espresso successivamente nel ricordato studio apparso in *Riv. dir. comm.*, ci sembra maggiormente limpido nella *Relazione*, cit., che va tenuta presente ad evitare fraintendimenti e ambiguità, di cui è, invece, scevro il pensiero del Polacco. È specialmente nella *Relazione*, cit., che l'a. giustifica la prop. com. col ricorso all'abuso di diritto (cfr., esattamente, Messineo, *Riflessioni*, cit., p. 119 nota 23 e p. 125 nota 29; erra, invece, Pratis, *La tutela*, cit., p. 79, per il quale il Polacco farebbe capo all'indebito arricchimento; e Murano, *La così detta prop. com.*, cit., p. 56 nota 22 e p. 62 nota 39, per il quale l'a. farebbe riferimento sia all'indebito arricchimento sia all'abuso di diritto).

(70) L'istituto, come si sa, era però controverso sotto l'abrogato codice; v. per richiami, Pratis, *La tutela*, cit., p. 79-80. Cfr. p. 69 testo e nota (30), anche per la questione terminologica.

(71) Nel senso del testo, pur con qualche perplessità, Rotondi, *La tutela*, cit., p. 147, nota 1: « Al principio della responsabilità per indebito arricchimento

tere generale, il riconoscimento della proprietà commerciale avrebbe riportato l'equilibrio nel rapporto di locazione, sanando cioè l'« ingiustizia » causata dalle norme regolatrici del rapporto medesimo « in ossequio alla proprietà e alla libertà dei contratti » (72). Diversamente motivando e con espressioni sia pure suggestive, non ci si allontana dal nucleo effettivo, quanto palese del resto, del nostro problema riassunto, come già abbiamo fatto, nella denuncia dell'insufficienza della locazione di diritto comune e nell'esigenza conseguente d'integrarne la disciplina con norme idonee a salvaguardare l'interesse soggettivo del commerciante alla piena utilizzazione del proprio lavoro, il cui frutto ultimo concreta l'avviamento lasciato nel negozio.

In questo senso sono redatti i disegni di legge e così sanciscono leggi e decreti, innovando nella disciplina della locazione di diritto comune, senza che l'interprete possa in nessun modo, dandosene il caso, servirsi del procedimento analogico. E di analogia non si parla né nei documenti elaborati da pratici e da teorici né in dottrina.

Si comprende, allora, il vero significato delle affermazioni già ricordate che potrebbero trarre in inganno. Quando si dice che: di fronte al diritto di proprietà immobiliare sta l'altro della proprietà commerciale; che la proprietà commerciale va salvaguardata al pari della proprietà industriale ed artistica; e, infine, che non si può disconoscere il principio della proprietà commerciale, quasi lasciando intendere di voler introdurre nel complesso normativo un principio generale, da cui enucleare molteplici applicazioni; contrariamente all'apparenza ed al significato immediato delle parole, costantemente si allude all'innovazione della disciplina sulla locazione, chiaramente pensando a sancire un principio nuovo nella materia, il principio della proprietà commerciale. Di conseguenza, le regole proposte per l'attua-

---

dà gran peso anche la relazione Polacco *de iure condendo*, ma non pare fino ad ammettere già tale azione *de iure condito* ».

(72) POLACCO, *ivi*. Cfr. anche ROTONDI, *op. cit.*, 145 nota 2.

zione del principio, sono state sentite, di volta in volta, come eccezionali o speciali; parimenti, le leggi approvate sono state interpretate dalla dottrina oltreché come transitorie, come eccezionali e speciali (73).

Su questa scia è stato facile, a nostro giudizio, ridurre erroneamente lo scopo pratico della proprietà commerciale al blocco dei fitti e alla proroga degli sfratti, falsando così il pensiero dei difensori, come già si è ricordato.

Anche oggi, specialmente i pratici del diritto, non esitano a ripetere il luogo comune, caro alla dottrina avversa alla nostra fattispecie, inserendo la trattazione della questione nello schema del regime vincolistico della locazione (74).

Sugli spunti adunati diremo meglio in seguito. È qui necessario progredire nella ricostruzione dei termini della questione onde poter definire, seppure in maniera incompleta ma sufficientemente orientativa, il concetto di proprietà commerciale.

6. Abbiamo detto che un termine del rapporto non è un soggetto qualsiasi: è un commerciante, come tale un operatore economico, un inquilino qualificato. La condizione soggettiva di costui reagisce sulla locazione, che ne risulta altrettanto qualificata strutturalmente.

Dall'altro lato sta il locatore, cioè il disponente dell'immobile; per brevità, il proprietario, come concordemente viene designato dagli assertori della proprietà commerciale. A lui va, in definitiva, il maggior utile dovuto all'avviamento immobiliare,

---

(73) V. per le leggi francesi: DASTE, *La « propr. com. »*, cit., p. 92; RAMARONY, *Che cos'è la pretesa « propr. com. »?*, cit., p. 19; ora, MARTIN-MAUS-LAFARGE, voce *Louage. Beaux commerciaux*, in *Enc. D., droit civil*, 1963, p. 254, n. 1. Per il d.l. 3 aprile 1921, n. 331, v. CRISTOFOLINI, *Sul compenso per l'avviamento com., dovuto al conduttore uscente*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 615. Cfr. FINAZZI, *La proprietà com. ed i compensi di avviamento nel R.D. 3 aprile 1921, n. 331*, nel periodico, *La proprietà edilizia*, Roma, 1922, n. 21.

(74) In argomento, marcatamente, VISCO, *Disciplina giuridica degli esercizi commerciali*, Napoli, 1964, p. 127 e p. 138; cfr., per ragguagli giurisprudenziali, COVIELLO, *Interpretazioni giudiziali della l. 27 gennaio 1963, n. 19*, in *Foro it.*, 1964, I, cc. 1315 ss.

perché è in sua discrezione, al termine della locazione, chiedere l'aumento del canone, allo stesso o ad altro commerciante non importa, godendo così dell'avviamento, che viene direttamente sottratto all'autore. La proposizione, schematica nella sua semplicità, si sdoppia in due ipotesi, specie nella concezione francese, per il caso che non sia il proprietario a risentire il vantaggio, dovuto all'avviamento immobiliare, bensì il nuovo conduttore che, nel continuare il commercio nella sede ben avviata, più del primo abbia interesse ad appropriarsi del locale, causando in fatto il rifiuto del proprietario a rinnovare la locazione al precedente conduttore, artefice dell'avviamento. Alternativamente, sull'uno o sull'altro si pretende far gravare l'obbligo al compenso per mancata rinnovazione del contratto a favore del conduttore uscente, secondo il criterio indefettibile proposto dai sostenitori della proprietà commerciale e trasfuso in ogni disegno di legge e nelle leggi varate.

Dedesideriamo lasciare impregiudicata l'indagine specifica sul dato particolare, che richiama una nozione composita di avviamento, e parlarne nella sede opportuna. Per ora, si può stabilire che, sia pure nelle due ipotesi, la giustificazione della proprietà commerciale viene meno se manca l'effettiva utilizzazione dell'avviamento immobiliare da parte o del proprietario o del nuovo conduttore.

È questo un ulteriore punto fermo nel nostro argomento; proposte, leggi e dottrina sono concordi nell'enunciare il principio, sicché non si concepisce la tutela del conduttore commerciante se altri non ha effettivamente avuto beneficio dall'opera di lui.

Non si tratta, però, di un beneficio generico, poiché il proprietario dovrà percepirlo nel locare ad altro commerciante, che sconta l'avviamento del locale con un aumento di canone in favore del locatore; e il conduttore, a sua volta, subentrando all'uscente, sentirà un vantaggio di natura differente, derivantegli dall'ambiente commerciale, preparato dal precedente esercente,

che si polarizza tutto intorno alla sede, ora in godimento di chi non ha contribuito minimamente ad avviarla ma soltanto l'ha tolta a chi l'ha migliorata con la sua opera. Nel primo caso, l'arricchimento è immediatamente valutabile in danaro; nel secondo consiste, invece, nella complessa situazione indicata che sfugge ad un rigido inquadramento, ad un conteggio certo, pur rimanendo arricchimento effettivo nella sostanza ultima.

Di conseguenza, la nostra fattispecie risulta ancor più qualificata, poiché se manca l'utilizzazione dell'avviamento immobiliare, nei limiti precisi esposti, non si fa questione di proprietà commerciale (75). Si vuole che l'immobile, già sede di commercio, continui a mantenere la destinazione (76); e si lascia fuori, come non interessante, l'ipotesi pratica del proprietario che non rinnova la locazione al conduttore commerciante per iniziarne una nuova coll'inquilino non commerciante (77).

In questo caso, non s'invoca tutela alcuna per il locatario uscente, nonostante abbia con la sua opera migliorato l'immobile e il locatore ne risenta vantaggio effettivo, chiedendo ed ottenendo la maggiorazione del canone. L'avviamento si perde dall'autore ed è utilizzato dal proprietario, diciamo di piena ragione, secondo lo schema normativo della locazione di diritto comune. L'ipotesi rientra nel problema generale della locazione e nessuna questione nasce, come in ogni altro caso in cui si verifica un vantaggio certo per il proprietario dovuto all'inquilino precedente o ad una sua qualità personale o, in genere, al nodo di relazioni sociali che questi ha creato intorno all'immobile, pur senza essere commerciante.

Un'eccezione parrebbe essere, a quanto ci consta, in due disegni di legge (78), i quali con formulazione concisa sembrano

(75) Cfr. CHIAUDANO, *La tutela*, cit, p. 25, il quale ci sembra sintetizzare bene il pensiero dei difensori della prop. com. Cfr. ASCOLI, *op. cit.*, p. 417.

(76) Chiaramente, MARGHIERI, *op. cit.*, p. 21.

(77) Esplicito, sul punto, WAHL, «*La propriété com.*», in *Rev. trim. droit civ.*, 1921, pp. 692-693. Ciò appare anche dal progetto VIVANTE, in *Riv. dir. com.*, 1928, p. 506.

(78) Il progetto elaborato a cura della Camera di Commercio di Torino, in

estendere la tutela del conduttore ad ogni ipotesi in cui l'avviamento immobiliare non rimane nella disponibilità dell'autore e quindi anche nel caso summenzionato di locazione di diritto comune, che fa seguito all'altra stipulata col commerciante (79). Si tratta, però, di apparenza, dovuta forse alla redazione formale di non facile intelligenza. Ma il dubbio è fugato dalle relazioni le quali chiaramente mostrano che anche queste due proposte si muovono nell'ordine di concetti universalmente accolti dai sostenitori della proprietà commerciale. Né ci si può allontanare dai lavori preparatori, dovendosi correttamente notare che non c'è ragione di farlo quando non vi si riscontrano argomenti contrari, trattandosi di progetti mai divenuti operanti.

La proprietà commerciale non nasce soltanto dalla locazione a commercianti ma vi rimane definitivamente ancorata, nel senso cui abbiamo accennato.

Ne risulta la destinazione specifica dell'immobile ad uso commerciale; un atteggiarsi dello stesso, come un suo modo di essere, quasi crisma sul fondo urbano, definitivamente caratterizzato dall'opera del commerciante sì da far ritenere quantomeno antieconomico, e comunque ingiustificato, il mutamento di destinazione (80).

Studio sulla difesa della proprietà com. nei confronti della proprietà edilizia, Torino, 1946, e l'altro presentato da Foderaro alla Camera dei Deputati, in *Atti Parlamentari, Documenti, Disegni di legge e relazioni*, 1950, al n. 1555, a favore del « *Riconoscimento giuridico dell'avviam. com.* ». Al riguardo, Rotondi, *Progetti e discussioni*, cit., pp. 88 ss.; Pratis, *op. cit.*, p. 58; Murano, *op. cit.*, p. 69.

(79) Giova riferire il testo, nella parte che qui interessa, dell'uno come dell'altro progetto. Proposta della Camera di Commercio di Torino, art. 9 comma 1 « Il conduttore uscente ha diritto, in qualunque caso di mancato rinnovo del contratto, di ottenere dal nuovo conduttore o dal proprietario quando manchi il conduttore un compenso per l'avviamento del locale in quanto dipendente dal fatto del conduttore ». Proposta Foderaro, art. 1 « Il conduttore che abbia in locazione da almeno un triennio un immobile adibito ad attività commerciale, industriale o artigiana, ha diritto ad un indennizzo da parte del locatore, ove da questi sia obbligato a rilasciare l'immobile, qualora provi di aver apportato con la sua attività una valorizzazione all'immobile stesso ».

(80) De Martini, *Proprietà com.*, cit., p. 133; e Tarin, *Sulla proprietà com.*, in *Corte Bresciana*, 1949, I, pp. 1 ss.

L'abuso, continuamente denunciato, del proprietario che non rinnova la locazione all'artefice dell'avviamento trova, secondo noi, salda radice nella ragione di fondo per cui il locale, da cosa immobile oggetto di diritti si è trasformato, per la sola iniziativa del commerciante, in un elemento aziendale (81), in cosa che, oggettivamente considerata, è attratta nella sfera di disponibilità imprenditrice. Anzi, secondo una veduta estremista che pur illumina nelle conseguenze ultime il nostro argomento e scopre d'un tratto l'importanza determinante affidata alla destinazione, «il negozio, la bottega, il fondaco, come un mezzo di lavoro e di produzione, dovrebbe idealmente essere di proprietà del lavoratore» (82).

Si precisa, così, il problema e lo si delimita di più.

Non valgono enunciati di massima a definire la proprietà commerciale che, come delineata nelle righe precedenti, non si presta ad una formulazione sintentica, se non a rischio di rimanere nel generico (83), sottintendendo particolarità essenziali all'individuazione esatta della questione, o, peggio, di cogliere un solo aspetto, e nemmeno il più orientativo, com'è accaduto di frequente (84).

Quanto detto fino ad ora ci sembra possa essere al riguardo convincente e valga a confermare l'utilità del nostro tentativo di mettere in luce i punti certi su cui è stata elaborata la proprietà commerciale.

---

(81) Cfr. sul punto, NAVARRINI, *Sulla cosidetta proprietà com.*, in *Dir. e prat. comm.*, 1928, 1, p. 372, il quale ci pare accentuare il carattere dell'immobile quale elemento aziendale, lasciandone in ombra l'aspetto generico di cosa, oggetto di proprietà. Ma trattasi di uno spunto isolato nell'elaborazione della prop. com. che si muove sulla premessa, universalmente accettata, se e come l'avviamento, nel senso esposto, influisce sull'immobile considerato oggetto di proprietà. V. avanti, al cap. III, n. 3.

(82) CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 66. Si veda anche LURASCHI, *La tutela*, cit., p. 48.

(83) Ad. es., PRATIS. *La tutela*, cit., p. 8; D'ALFONSO, *In tema di tutela della proprietà com.*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 199; GIARRATANA, *Un problema attuale ed ancora aperto: la tutela della c.d. proprietà com.*, in *Foro it.*, 1960, IV, cc. 310-313.

(84) Ad. es., TABET, *La tutela*, cit., p. 15.

7. Nell'ordine d'indagine, si può ora esaminare la posizione di un'autorevole dottrina contraria alla tutela del commerciante, che riassume il significato del problema in una formula breve, affermando che la proprietà commerciale è il diritto sull'avviamento (85).

Bisogna intendersi. Infatti, anche la dottrina favorevole si esprime negli stessi termini (86); e nei documenti abbondano espressioni analoghe, specie quando si asserisce con vigore che di fronte alla proprietà dell'immobile sta la proprietà dell'avviamento.

Ma le parole non devono trarre in inganno; lo avverte esplicitamente la dottrina favorevole alla proprietà commerciale che, in armonia all'esigenza tutta empirica della questione, come già si sa, non bada alle parole ma ai fatti. Ci pare questo, anzi, un segno di ammonizione, che vogliamo raccogliere. E siccome chi propone la formula in discorso allude ad un diritto specifico (87), di carattere reale (88), possiamo porre il problema nei termini seguenti.

Se la proprietà commerciale è il diritto sull'avviamento, a parte la tautologia dell'espressione per cui un diritto (la proprietà comm.) è il diritto, è vero che la proprietà commerciale si risolve nella possibilità di disporre dell'avviamento per goderne.

Al contrario, invece, la questione si è agitata proprio perché accade esattamente l'opposto.

Qui la proprietà non ha il contenuto positivo che si assomma nella possibilità della disposizione per il godimento, sia pure esclusivo, ma ha un contenuto negativo, perché non si vuole che altri si appropri di un risultato utile dovuto all'opera del con-

---

(85) Cfr. MESSINEO, *Riflessioni*, cit., p. 123; ROTONDI, *Progetti e discussioni*, cit., p. 83. Non si allontana da questa concezione DE MARTINI, *op. cit.*, p. 136, il quale definisce la proprietà com. diritto d'insistenza di carattere reale, a favore del locatario imprenditore sulla cosa locatagli.

(86) V. ad es., POLACCO, *Sulla cosidetta prop. com.*, cit., p. 101.

(87) ROTONDI, *op. cit.*, pp. 83, 96, 97.

(88) MESSINEO, *op. loc. cit.*

duttore, il quale, per ipotesi, non può disporre di ciò che, col nome di avviamento, esce dalla sua sfera di controllo e, pur prodotto da lui, va ad incrementare il reddito del negozio.

Nessuna difficoltà sorge, infatti, per il tempo precedente il termine della locazione; in costanza del rapporto, non si può dire nemmeno, come non lo dicono gli assertori, che ci sia una disposizione e un godimento, perché, a parte ogni altra considerazione, non si sa se avviamento c'è e, certamente, manca il vantaggio del locatore, o, secondo alcune opinioni, del conduttore commerciante subentrante. Manca l'oggetto della disposizione; e, correlativamente, allorché il locatore, o in subordine il nuovo conduttore, utilizza l'avviamento, non viola il diritto reale altrui, e cioè la proprietà del commerciante. Il loro è un lucro indebito, un beneficio a danno di altri, di natura specifica e differente, come abbiamo anticipato.

La critica della dottrina richiamata sollecita a chiarire, ulteriormente sul punto, il pensiero favorevole alla proprietà commerciale.

Non bisogna dimenticare che l'avviamento perduto dall'autore deve essere lucrato, sia pure in modo differente dal locatore o dal conduttore. Su questa circostanza effettiva, si ragiona del diritto o dei diritti del conduttore che vanno ad ogni modo difesi. Non basta l'avviamento a concretare, da solo, la pretesa del commerciante; occorre, anche, che altri sia oggettivamente posto in una condizione vantaggiosa, causata appunto dall'avviamento. Il rapporto di causalità è così indissolubile che non si esita a qualificare il beneficio del locatore o del commerciante subentrante come il duplice aspetto dell'avviamento (89). Sicché, nella sua giusta portata, l'avviamento indica una duplicità di situazioni concrete e non è oggetto del diritto o dei diritti del conduttore. Ne è solo il presupposto (90), la condizione efficiente, che giustifica la pretesa del commerciante e la orienta verso obiettivi

(89) CHIAUDANO, *La tutela*, cit., p. 283.

(90) Esplicito sul punto, LURASCHI, *op. cit.*, p. 47.

precisi, portanti, nella sostanza ultima, al corrispettivo, in senso ampio, del lucrato avviamento: dato certo sul quale non sorgono dissensi.

Da qui, l'improprietà denunciata dell'espressione « proprietà commerciale », atta a fuorviare l'interprete, e la preferenza indiscussa per l'altra espressione « tutela dell'avviamento commerciale »; o, meglio, « tutela dell'avviamento commerciale immobiliare », dalla quale abbiamo preso l'avvio del nostro discorso.

Vedremo nel seguito le conseguenze dell'impostazione e le forme di tutela proposte. Sul momento, ci sembra opportuno, per raggiungere lo scopo prefisso, insistere sulla convenzionalità della formula « proprietà commerciale », che non permette di essere altrimenti intesa.

Un tentativo in questo senso è stato, invece, compiuto recentemente da una dottrina autorevole, la quale, in atteggiamento critico, ha osservato che « i vari profili sotto i quali si è cercato di volta in volta di prospettare la possibilità di una tutela dell'avviamento, quella della proprietà commerciale, quello dell'arricchimento senza causa, quello dell'abuso di diritto, si sono dimostrati (...) insostenibili » (91). Parendoci l'affermazione interessare in via preliminare l'argomento, ne facciamo cenno subito, onde meglio sia lumeggiata la questione che studiamo.

Nel pensiero richiamato è operata una scissione tra avviamento e proprietà commerciale, sul presupposto che la tutela del commerciante è stata differentemente giustificata col richiamo a molteplici figure, ma senza buon risultato. Tra i criteri proposti e dimostratisi insostenibili, è la proprietà commerciale, intesa, dunque, come parametro, come forma di tutela dell'avviamento.

La concisa formulazione non facilita spunti d'indagine cri-

---

(91) FERRI, *Considerazioni sulla legge su la tutela dell'avviamento comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 130

tica; ma sta di fatto che, così espressa, la proprietà commerciale perde la fisionomia storica, elaborata dai sostenitori, e si inaridisce in uno schema astratto. Ed è questa interpretazione che va scartata, come non rispondente all'effettivo modo di sentire e d'intendere il complesso problema sia dai pratici sia dai teorici.

L'autorevole pensiero surriportato, se non è stato da noi frainteso, dà motivo d'insistere sull'impostazione generale della proprietà commerciale nata, come si è detto in più luoghi e meglio sarà chiarito in seguito, da esigenze pratiche ed a queste ristretta, senza pretese di giustificazioni dottrinali che vadano oltre il limite consentito del mancato riconoscimento della tutela nell'ordinamento positivo. Ogni tentativo che ha superato quei limiti, richiamando categorie codificate ad ulteriore specificazione, è stato vano ed ha indotto, forse, a scoraggiamento e a perplessità sulla configurabilità in astratto dell'intera questione. Si ricordi che, in sostanza, pratica e dottrina propongono la tutela dell'avviamento appellandosi, infine, all'equità.

È alla luce dell'equità che si dà un significato corretto alle vivaci espressioni dei documenti, dove spesso si asserisce che di fronte alla proprietà dell'immobile sta la proprietà commerciale, o simili. Parimenti, non possono trarre in inganno analoghe affermazioni della dottrina favorevole che, come detto poc'anzi, parrebbero avvalorare l'argomentazione contraria secondo la quale la proprietà commerciale è il diritto sull'avviamento. Ad escluderne il significato tecnico vale la considerazione già fatta che anche in dottrina, come nei documenti, si fa capo «al senso di giustizia» (92).

L'esposizione che precede è valsa, se non ci inganniamo, a rendere conto della genesi e della funzione della proprietà commerciale. L'una e l'altra saranno chiarite nel corso della tratta-

(92) Pagliari, *La tutela della proprietà com. e l'industria alberghiera*, Napoli, 1930, pp. 39 ss., fa questione di «moralità» e «giustizia»; e prima, esplicitamente, Polacco, *Sulla cosidetta «prop. com.»*, cit., pp. 107-108. Cfr. anche Muttarelli, *op. cit.*, il quale espressamente riferisce la tutela «ad una necessità morale» (p. 122) e «economica» (p. 123).

zione, attraverso la menzione critica dei precedenti, della legislazione, della dottrina e giurisprudenza, e raggiungeranno netto risalto a contrasto con la configurazione teorica che ci sforzeremo di proporre per il riconoscimento, nell'ordinamento positivo, della tutela dell'avviamento giuridico, quale principio generale ed operante nella normativa dell'azienda.

A chiusura di queste pagine introduttive, non ci sembra inutile, però, aggiungere alcune considerazioni a quanto abbiamo fin qui scritto. Si è detto più volte che la proprietà commerciale non si presta ad essere definita con formula di sintesi; abbiamo anche accennato ai rischi di tale modo di procedere, a tutto danno dell'intelligenza del tema; e abbiamo preferito l'indagine tesa ad individuare i capisaldi della questione nell'atteggiarsi concreto che le è proprio. Ciò nonostante, per il fatto stesso che la proprietà commerciale significa una complessa situazione reale, di questa esprime il concetto che l'anima e la trascende al tempo stesso. È l'idea della tutela del lavoro del commerciante o, più brevemente, del commerciante; sicché si può affermare, semmai, che la proprietà commerciale indica la tutela del commerciante nello specifico settore della locazione a commercianti.

L'indeterminatezza della formula adoperata vale appunto ad avvalorare lo studio del fenomeno secondo le linee tracciate e può essere di qualche comodità per richiamare l'attenzione dell'interprete sul significato esclusivamente soggettivo della tutela auspicata.

Per questo riguardo, è più congrua l'espressione proprietà commerciale che l'altra riconoscimento dell'avviamento, tutela dell'avviamento e simili. La terminologia di preferenza adoperata è, in questo senso, significativa. Si usa spesso, infatti, parlare di negozio; di rado si fa menzione dell'azienda; al centro sta l'opera del conduttore, la cui attività va salvaguardata fin nel risultato avviamento. Quest'ultimo, a sua volta, non è oggetto immediato di tutela, ma, come già accennato, è solo un presupposto della pretesa del commerciante.

Capitolo II

LA « PROPRIETÀ COMMERCIALE » NELLA LEGISLAZIONE STRANIERA

Sommario: 1. La questione della proprietà commerciale in Francia. Origini: legge sul *fonds de commerce* e proprietà commerciale come conflitto fra commercianti concorrenti. — 2. (segue) Il diritto al rinnovo, germe fecondo per il superamento della soluzione proposta nell'ambito ristretto della concorrenza. Proprietà commerciale e proprietà immobiliare. — 3. (segue) Il diritto di priorità e il diritto di preferenza. Progetto della Commissione di studi legislativi del 1924. — 4. (segue) Il diritto al rinnovo nella legge del 1926; nella legge del 1933; nella legge del 1953. Riflessioni conclusive. — 5. La proprietà commerciale in altri ordinamenti europei: cenni.

1. L'inopportunità di proporre una formula di sintesi per definire la proprietà commerciale, affermata nel capitolo precedente, appare con evidenza dall'esame dell'elaborazione francese sull'argomento. Sollecitata da esigenze molteplici e non sempre chiaramente espresse, essa ha determinato l'orientamento del legislatore intervenuto per la prima volta nel 1926 e successivamente interessatosi alla materia quasi ininterrottamente fino ai giorni nostri.

Talché la proprietà commerciale costituisce oggi, in Francia, una specificazione saliente della disciplina sulla locazione (1) ed è un punto obbligato nello studio del diritto privato, nonostante la mancanza di progressione unitaria nell'elaborazione dottrinale e la diversità dei criteri che sostanziano le numerose mozioni presentate alle Camere legislative.

---

(1) Cendrier, *Le fonds de commerce*, Paris, 1934, pp. 6-7; pp. 393 ss.; Escarra, *Cours de droit com.*, Paris, 1952, p. 212.

Un primo sguardo assicura che la questione è stata sentita nel suo concreto atteggiarsi di rivendicazione delle categorie interessate (2).

Dapprima, è stata sollevata dai piccoli commercianti, dai dettaglianti che, al termine della locazione, rischiavano di essere estromessi dai grossisti dello stesso ramo desiderosi di ampliare i propri affari, per i quali era più facile offrire al locatore un canone maggiorato, volgendo la situazione a proprio vantaggio (3).

Coll'andare del tempo, si prese a temere l'inasprimento dello stato di cose, dato anche l'afflusso considerevole verso i centri urbani delle popolazioni rurali le quali impiegavano volentieri, come di solito avviene in circostanze del genere, il loro danaro e la loro opera in esercizi di vendita di modeste dimensioni (4).

Con vivezza di riferimento, ci fu alla Camera chi disse scherzosamente che il contadino francese si improvvisa bottegaio come il contadino tedesco diventa commesso viaggiatore e l'inglese trova da fare in una banca (5).

I primi anni del secolo giungono favorevoli all'avvio delle richieste di categoria e le proposte legislative si susseguono numerose (6).

Si promuovono manifestazioni, convegni veri e propri, e

---

(2) ADAM, *La propriété com.*, Montpellier, 1914, pp. 29 ss.

(3) TORRANT, *Le défense*, cit., pp. 5 ss. Al riguardo, è particolarmente interessante la relazione della Commissione del Commercio e dell'Industria presentata alle Camere francesi il 22 ottobre 1918, già cit., riportata in CHIAUDANO, *La tutela*, cit., pp. 104 ss., dove si pone in rilievo l'origine e lo sviluppo delle grandi organizzazioni a tutto danno dei dettaglianti che si trovano, sempre di più col passare del tempo, in una situazione precaria, bisognosa, in senso assoluto, di un rimedio energico. V. anche, BERGÉ, *loc. cit.* Riferisce le origini della proprietà com. all'iniziativa dei soli dettaglianti, THALLER, *Traité élém. dr. comm.*, I, Paris, 1931, p. 67 in nota.

(4) FOURNET, *La propriété com.*, cit., p. 9.

(5) FOURNET, *ivi*.

(6) Cfr. completi ragguagli in ASCOLI, *op. cit.*, pp. 430 ss.; e in ROTONDI, *La tutela*, cit., pp. 112 ss.

si fa circolare via via sempre di più l'idea della proprietà commerciale (7), che prende progressivamente consistenza nelle messe a punto formulate a chiusura degl'incontri. Il numero degli aderenti cresce e nel novembre 1913 seimila piccoli commercianti si uniscono a Parigi ed esprimono con chiara mozione il loro desiderio: essi domandano che la proprietà commerciale sia riconosciuta al pari della proprietà civile, con tutte le conseguenze che ne derivano (8).

La politica non rimane estranea al movimento ed il primo progetto d'impostazione coerente e rigorosa viene dall'ala avanzata di sinistra che chiede senza mezzi termini il riconoscimento di « un diritto al rinnovo della locazione per eguale durata e alle stesse condizioni » della precedente (9).

In piazza e dai banchi del parlamento ci si muove in armonia d'intenti mirando allo scopo che più sta a cuore: assicurare al commerciante il dominio perpetuo sul fondo altrui.

L'appiglio più serio della tesi trovava radice nell'opera medesima del legislatore e proprio nella regolamentazione dell'azienda commerciale contenuta nella legge del 1909, ritenuta anche oggi lo statuto fondamentale in materia (10).

La proprietà sull'azienda commerciale era specialmente prevista in quelle disposizioni per il privilegio accordato al venditore e il potere di costituire vera e propria ipoteca sulla stessa. I lineamenti di questa proprietà erano simili a quelli della pro-

---

(7) DeguELDRE, *La propriété com.*, cit., p. 9 e p. 13; Fournet, *op. cit.*, pp. 5-6.

(8) Rigaud, *Le conflit*, cit., p. 117.

(9) Fournet, *op. cit.*, p. 123. Trattasi della proposta Lauche, cit. più avanti alla nota (26).

(10) La legge è del 17 marzo 1909. V. Buisson, *Le statut légal du fonds de commerce*, Paris, 1934, pp. 69 ss., pp. 120 ss.; Escarra, *Cours de droit com.*, cit., p. 177, n. 254; Cendrier, *Le fonds de commerce*, cit., pp. 4 ss. Nonostante l'imprecisione, preferiamo usare come sinonimi azienda e *fonds de commerce*, per maggior semplicità e perchè, in ogni modo, l'omessa chiarificazione lascia impregiudicata la trattazione dell'argomento che ci occupa. Riafferma la diversità tra azienda e *fonds de commerce*, recentemente, Mossa, *Impresa ed azienda nel cod. civ. ed in dir. comp.*, in *Atti I Congresso dir. comp.*, I, Roma, 1953, p. 399.

prietà immobiliare e facilmente doveva venire in mente ai commercianti di proseguire oltre nell'avvicinamento (11), tanto da indurli a chiedere lo sviluppo di quelle premesse a completatamento della legislazione sull'azienda che, per quanto inequivocabilmente orientata verso il riconoscimento del diritto al rinnovo della locazione, non era, però, esplicita sul punto (12).

Bisognava, ora, sotto la spinta urgente del momento, andare più in là per sanzionare, in modo certo e definitivo, la proprietà sull'azienda vista nella sua realtà di complesso eterogeneo, formato da molteplici elementi tra cui primeggia la clientela acquistata al negozio, detta propriamente *achalandage* (13). A questo fine ultimo era diretto ogni sforzo dei sostenitori più decisi della proprietà commerciale.

La considerazione attenta del loro pensiero chiarisce la duplice motivazione che sembra averli guidati.

In primo luogo, bisogna ammettere che, diversamente, la proprietà del commerciante è menomata ed è, anzi, svuotata di pratico contenuto, se col rilascio del locale al termine della locazione egli perde automaticamente la clientela.

Ne deriva, in secondo luogo, che l'azienda, già trattata dalla legge ricordata come oggetto di proprietà nel suo insieme, non lo è poi nelle singole componenti, o per lo meno, non lo è con certezza in quell'elemento tanto geloso per il commerciante che è la clientela affezionata allo stabile. Poco importa che l'azienda, siccome possibile oggetto d'ipoteca, è considerata dalla legge « come una cosa solida e duratura » (14), se grava sul conduttore la persistente minaccia dello sfratto.

---

(11) Rigaud, *op. cit.*, p. 130; Luraschi, *op. cit.*, p. 18.

(12) V. Fournet, *op. cit.*, p. 124.

(13) Nelle fonti francesi è univoco il significato del termine *achalandage*, sempre usato per designare la clientela affezionata al negozio, in contrapposizione alla *clientèle* (clientela affezionata al commerciante) e al *pas de porte* (nostra rendita di posizione): cfr., Fournet, *op. cit.*, pp. 88 ss.; Ramarony, *Che cos'è la pretesa prop. com.?*, cit., p. 11 e p. 28; Lacour, *La propriété com.*, Génève, 1924, p. 60; Tourtonde, *Du droit à la clientèle dans le fonds de commerce*, Rodez, 1937, p. 45. V. oltre, cap. III, p. 74 testo e nota (44).

(14) Fournet, *op. cit.*, p. 126.

Concludendo, si può affermare che, tutto ben considerato, la mancanza di tutela del commerciante al momento dello sfratto, e cioè proprio quando l'interessato ha maggior bisogno di essere difeso, contraddice lo spirito della legge medesima sul *fonds de commerce* posta, in principio, a favore del commerciante, riducendo la proprietà di costui ad un'illusione.

Il passaggio dalla proprietà dell'azienda alla proprietà commerciale non ha bisogno di essere ulteriormente chiarito.

In realtà, la proprietà dell'azienda è già proprietà commerciale nel senso, mai posto in dubbio (15), di proprietà del commerciante sul proprio *fonds de commerce;* ma la nuova espressione, seppur si spiega e diventa più comprensibile per le considerazioni esposte, è destinata a designare la questione particolare come si sa, anche oltre confine, pur in assenza di analoghe giustificazioni.

Derivata dalla trasposizione concettuale, parve al suo apparire sommamente adatta ai pratici (16), e, nonostante le concordi critiche della dottrina, sia favorevole che avversa al riconoscimento della tutela invocata, ha mantenuto il suo posto nel linguaggio giuridico.

Col reclamato diritto al rinnovo, il commerciante veniva soddisfatto della sua pretesa ed era posto al sicuro dalle mire del concorrente.

Sopratutto, veniva protetto il piccolo e medio commercio, più bisognoso di aiuto per sopravvivere ed operare sul mercato. Urgeva l'esigenza di regolare la concorrenza. Allo scopo, si proponeva un freno al grossista e in genere al più forte, impedendogli l'accesso al locale già goduto a titolo di locazione

---

(15) Lo ammette anche RAMARONY, tenace avversario della « *nuova* » proprietà, *Che cos'è la pretesa « proprietà com.? »*, cit., p. 6; *La proprietà com. in Europa*, cit., pp. 5-6.

(16) Sul punto, l'osservazione di WAHL, *La propriété comm.*, cit., p. 691. V. anche RIPERT, *Droit com.*, Paris, 1951, p. 157.

da altri ed evitando così « la spoliazione » della clientela acquistata all'immobile dal conduttore.

Come si capisce, trattavasi di un problema pratico da risolvere senza poter far capo in nessun modo ai criteri repressivi della concorrenza sleale, il cui presupposto non ricorreva nell'ipotesi (17).

Dottrina e giurisprudenza da tempo avevano individuato il pericolo di confusione fra le minacce di fatto al regolare svolgersi del commercio e non esitavano ad accertarne il danno conseguente, imponendo l'obbligo al risarcimento.

Invece, l'offerta di un concorrente di corrispondere un canone più elevato per ottenere in godimento l'immobile, sul quale il conduttore uscente non vantava ormai nessun diritto, non importava confusione di sorta e non concretava un caso di concorrenza giuridicamente sleale. Rientrava, semmai, nella slealtà di contegno del subentrante se pur questi agiva maliziosamente conoscendo i vantaggi apportati dal precedente commerciante al locale, nella speranza, ad esempio, di utilizzare a proprio beneficio la domanda della clientela affezionata allo stabile. Generica slealtà, com'è naturale, insita, se si vuole, nella « sete di guadagno », denunciata tanto spesso dai sostenitori della proprietà commerciale, ma causata anche, vorremmo aggiungere, da esigenze puramente oggettive del commercio, specie di quello industriale che si attua su larga scala, in continua espansione e in continua ricerca di locali.

Slealtà, quindi, in senso mediato, non avvicinabile alla slealtà giuridicamente sanzionata perché illecita, da annoverare fra i motivi che consigliano il concorrente ad offrire di più ed ottenere, come aggiudicatario in un'asta, l'uso del negozio.

La differenza richiamata è presente specialmente nel pensiero di chi, in dottrina, ha riassunto il problema in termini di conflitto fra commercianti concorrenti, affermando oppor-

---

(17) DASTE, *La propriété com.*, cit., pp. 50 ss., p. 55.

tuna e sensata la tutela del conduttore al termine della locazione (18).

La tesi nasceva dall'osservazione dei fatti ed era avvalorata dalle proposte di legge che venivano discusse alla Camera o al Senato e, come si è accennato, si facevano portavoce delle aspirazioni di categoria.

Nella prima di esse in ordine di tempo (19), si faceva obbligo al proprietario dell'immobile di non esercitare nello stesso locale un commercio simile nè di permettere che altri lo esercitasse, a meno di non provvedere, in via di indennizzo, alla liquidazione dell'azienda del commerciante uscente tenuto a sua volta a non esercitare nelle adiacenze per la durata stabilita dai sindacati interessati. Si creava cioè un vero e proprio divieto di concorrenza, indeterminato nel tempo, cui dovevano rispettivamente sottostare sia il proprietario locatore che il conduttore (20).

Altre, che seguono, si muovono nello stesso ordine di idee (21), ulteriormente precisando il divieto di concorrenza a carico di chiunque (22) abbia in uso l'immobile, a meno che non lo consenta espressamente il conduttore uscente, perché in questo caso non sussiste l'interesse da proteggere.

Particolarmente significativa ci pare un'enunciazione, formulata in testa ad uno di quei progetti (23), che si presta a rias-

---

(18) RIGAUD, *Le conflit*, cit., pp. 139-140; FOURNET, *La propriété com.*, cit., pp. 23-25, p. 163, p. 166.

(19) Proposta THALAMAS 5 dicembre 1911, in *Annales de la Chambre des Députés*, cit., p. 360, alleg. n. 1427, riportata in CHIAUDANO, *La tutela*, cit., pp. 78 ss.; cfr. FOURNET, *op. cit.*, p. 19. L'enumerazione cronologica dei progetti è in CHIAUDANO, *op. cit.*, pp. 30-31.

(20) Proposta THALAMAS, cit, artt. 1 e 2, riportati in CHIAUDANO, *op. cit.*, pp. 80-81; cfr. FOURNET, *op. cit.*, pp. 65 ss.

(21) Proposta BERRY, cit., art. 1, riportato in CHIAUDANO, *op. cit.*, pp. 97-98.

(22) Proposta BUREAU, cit., art. 1, riportato in CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 101.

(23) Proposta FAILLOT 6 maggio 1915, in *Annales de la Chambre des Députés*, cit. (anno 1918), alleg. n. 5100, al n. 881; riportato in CHIAUDANO, *op. cit.*, pp. 137.

sumere efficacemente i termini della questione nel modo che veniamo esponendo. Ivi si prospetta la proprietà commerciale nei suoi elementi costitutivi, distinguendoli in cose e valori effettivi raggruppati attorno all'avviamento dell'immobile o, per meglio dire, alla clientela acquistata allo stesso (*achalandage*). L'avviamento primeggia ed è il nucleo del *fonds de commerce*; pur tuttavia, non protetto dalla legge, è bene precario per il commerciante, cui sarà tolto al termine della locazione, dovendo seguire necessariamente il negozio.

In mancanza del diritto al rinnovo, il concorrente « senza scrupoli » potrà facilmente goderlo, ottenendo l'uso del locale.

I pochi cenni esposti, ci sembra possano orientare ad intendere la proprietà commerciale al suo primo apparire. Giustificata dai sostenitori quale aspetto della proprietà del commerciante sul *fonds de commerce*, la si voleva incentrare sulla clientela acquisita al negozio, considerata un elemento della azienda, il più importante fra tanti, onde sottrarla ai pericoli del mercato. Nel significato genuino, la questione si risolveva nel conflitto fra commercianti in regime di libera concorrenza tra loro (24).

La proprietà commerciale significava proprietà su ogni componente dell'azienda e quindi, anche e sopratutto, proprietà dell'*achalandage*; riconoscerla, significava proteggere il commerciante, specie il dettagliante, dal desiderio — e l'esigenza — di espansione del concorrente più ricco.

Sotto questo duplice segno, è possibile accertare il criterio di fondo ispiratore del movimento a favore dell'auspicata tutela che, alimentato da interessi di categoria ed accolto nelle formulazioni sindacali e politiche, assumeva aspetti profonda-

---

139; cfr. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Rapport*, cit., p. 285 nota 2. Il testo dell'art. 1, cui vogliamo riferirci, è così redatto nell'originale: « La p.c. est constituée, en dehors des éléments corporels d'un fonds, par un ensemble de valeurs réelles quoique incorporelles, groupées autour de l'achalandage ».

(24) RIGAUD, *Le conflit*, loc. cit.; FOURNET, *La propriété com.*, loc. cit.

mente differenti nelle concezioni dei sostenitori, com'era naturale che fosse (25).

2. Si è ricordato che la richiesta più rigorosa e coerente tendeva al riconoscimento del diritto al rinnovo della locazione, a vantaggio del conduttore uscente (26). Con essa, s'introduceva il carattere della perpetuità nella proprietà commerciale, trasformando il godimento dell'immobile altrui, da limitato nel tempo e precario, in duraturo e implicitamente definitivo. Secondo questa veduta il legislatore sarebbe dovuto intervenire a sanzionare la destinazione data dalle parti al locale col contratto di locazione, vincolando l'immobile allo scopo, rendendo così operante la volontà della convenzione oltre i limiti dichiarati e sviluppandola fin nelle ultime conseguenze (27).

Si comprende subito che la tesi del diritto al rinnovo soddisfaceva in modo pieno le rivendicazioni dei commercianti ma al tempo stesso segnava il superamento dei termini della questione, circoscritta per l'innanzi all'ambito della concorrenza.

Il diritto al rinnovo, oltre a proporre la composizione degli interessi in conflitto dei conduttori concorrenti, importava, immediatamente, limitazione del potere di disposizione del locatore e, in via principale, del proprietario dell'immobile locato. Su di lui sarebbe gravato l'onere causato dal riconoscimento del « nuovo diritto », il solo capace di fornire serie garanzie al conduttore, perchè l'unico mezzo idoneo a salvaguardare efficacemente la proprietà commerciale. Al contrario, la dottrina avversa era concorde nel negarne l'utilità specifica,

---

(25) Cfr. le osservazioni critiche della migliore dottrina italiana: Ascoli, *op. cit.*, pp. 430 ss.; Rotondi, *La tutela*, cit., pp. 112 ss.; nella dottrina francese, oltre gli scritti citati di Fournet e Julliot de la Morandière, v. al riguardo, Ramarony, *Che cos'è la pretesa proprietà com.?*, cit., pp. 6 ss.

(26) Proposta Lauche 5 giugno 1914, in *Annales de la Chambre des Députés*, cit., (anno 1915) p. 1846, alleg. n. 55, riportata in Chiaudano, *La tutela*, cit., pp. 78 ss., p. 92.

(27) Cfr. in argomento, criticamente, Fournet, *op. cit.*, p. 135.

considerandolo invece uno schermo, un diaframma fra i commercianti concorrenti e, quindi, in ogni modo da rifiutare per la ragione che il proprietario rimaneva estraneo alla gara (28).

L'obbiezione era, però, facilmente superabile per più di una considerazione.

Le indennità, che ciascun progetto menzionava, apparivano palesemente insufficienti.

Prevista per il caso della mancata rinnovazione contrattuale della locazione, la corresponsione al commerciante del prezzo pari al valore dell'azienda determinato al momento della stima tendeva ad equiparare il conduttore uscente al venditore tenuto all'evizione, coll'imporgli l'obbligo di non esercitare il proprio commercio in concorrenza col proprietario dell'immobile che l'aveva indennizzato pagandogli, anche, la clientela acquistata al negozio ed entrata definitivamente nel patrimonio dell'acquirente (29).

Conseguentemente, il commerciante veniva a subire una notevole limitazione nell'esercizio imprenditoriale, proprio nel momento in cui gli sarebbe stato facile ottenere un realizzo economico elevato continuando il lavoro in circostanze ambientali favorevoli, rendendo in gran parte illusorio il vantaggio che si voleva perseguire.

Senza dire che il rimedio proposto gravava fortemente sul proprietario dell'immobile, forzandolo ad un acquisto in aperta violazione dei principî sulla proprietà privata (30).

L'indennità di plusvalore (31) per l'avviamento arrecato al negozio, prevista in alternativa al rinnovo del contratto, seppure va considerata il mezzo più semplice per tutelare la proprietà

---

(28) Spec. RIGAUD, *Le conflit*, cit., pp. 131 ss., spec. p. 139; e RAMARONY, *La proprietà com. in Europa*, cit., spec. p. 15.

(29) L'indennità detta d'evizione è specialmente presente nella proposta THALAMAS, cit.

(30) L'ammissione è esplicita in FOURNET, *op. cit.*, p. 66 e p. 120.

(31) L'indennità detta di plusvalore è specialmente presente nella proposta BERRY, cit.

commerciale, era in fatto il meno sicuro, per la difficoltà d'accertamento come — sopratutto — per la limitatezza dell'oggetto dell'indennizzo, che poteva anche mancare; sicché non si prestava, in principio, al riconoscimento pieno della proprietà commerciale, com'era nei voti degli interessati (32). Né meraviglia, pensiamo, che in un progetto citato (33) non se ne fa menzione, obbligando chiunque occupi il locale a non esercitare un commercio in concorrenza col conduttore uscente.

Invece, il diritto al rinnovo pone di fronte al conduttore il proprietario dell'immobile al fine di conservare al commerciante il godimento del negozio, centro di attrazione della clientela.

In tal modo, si vogliono impedire due abusi, per usare la terminologia corrente: oltre quello del concorrente, l'altro del locatore che viene in ogni modo a lucrare, lo sappia o no, l'avviamento dell'immobile, cioè, l'afflusso di clientela affezionata al negozio, volgendo a suo vantaggio un profitto altrui. La proprietà commerciale, intesa come proprietà sul complesso e, più specificamente, sui singoli elementi del *fonds de commerce*, non si risolve unicamente in una questione di concorrenza fra commercianti, involge bensì una relazione tra locatore e conduttore a motivo dell'*achalandage*, di cui il primo beneficia e, in ipotesi, in un momento precedente rispetto al commerciante subentrante in concorrenza con il conduttore uscente. Ne deriva che la tutela della proprietà commerciale si rivolge necessariamente contro il proprietario dello stabile.

Il germe fecondo della legislazione francese è racchiuso in questa tesi che, criticata unanimemente dagli avversari della proprietà commerciale, sarà di guida all'emanazione di norme positive dal 1926 in avanti.

---

(32) E ciò anche per la concezione tutta materialistica dell'indennità di plusvalore che non poteva superare nell'ammontare il costo di mano d'opera e del materiale impiegato: cfr. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Rapport supplementaire*, in *Bulletin*, cit., 1924, p. 52.

(33) Proposta BUREAU, cit.

L'accoglimento non tardò ad essere proclamato in progetti successivi e specialmente in uno tendente a modificare l'articolo 1737 del codice civile, limitatamente — s'intende — ai contratti di locazione industriale e commerciale, che ribadiva la necessità del riconoscimento del diritto al rinnovo, sviluppando la tesi enunciata (34).

3. Ma date le conseguenze che ne sarebbero derivate, la proprietà commerciale veniva fortemente osteggiata e i lavori parlamentari si arenavano alla Camera o al Senato.

La parola stessa era d'inciampo alla definizione della questione e molte preoccupazioni si mostravano circa la sua esattezza. Spesso si evitava e si preferiva il riferimento esplicito al rinnovo delle locazioni, senza troppo compromettersi (35).

Nondimeno, poco a poco, il diritto al rinnovo divenne attesa comune, tanto che una serie di progetti intese a temperarlo, scomponendolo, diremmo, nei due sottotipi del diritto di priorità e nel diritto di preferenza.

Il primo, pur operando una restrizione della libertà di contrarre per il locatore, lasciava integro il diritto di non rinnovare la locazione subordinatamente alla esistenza di una giusta causa, instaurando in pratica il sistema del blocco (36).

Il secondo introduceva il più modesto diritto di prelazione a favore del conduttore, consentendogli di rimanere nel locale a parità di condizioni con altri commercianti (37).

Si percorreva, così, a ritroso la via fino ad allora seguita e, proprio poco tempo prima del varo della legge sulla proprietà

---

(34) Proposta 22 ottobre 1918 formulata dalla Commissione del Commercio e dell'Industria, cit. retro, p. 18 nota (51) presentata da LEVASSEUR, riportata in CHIAUDANO, *op. cit.*, pp. 167-168.

(35) Cfr. al riguardo, JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Rapport*, cit., p. 287.

(36) FOURNET, *La propriété com.*, cit., pp. 137 ss.

(37) FOURNET, *op. cit.*, pp. 146 ss., pp. 153 ss.; JULLIOT de la MORANDIÈRE, *op. ult. cit.*, p. 288.

commerciale, sembrava che la questione fosse destinata a rimanere insoluta.

Un notevole passo indietro fu compiuto dall'emendamento ad un proprio progetto presentato dalla Commissione di studi legislativi sulla fine del 1924 (38). Parve « pericoloso e contrario ai principi » dell'ordinamento, consacrare il diritto di preferenza a vantaggio del commerciante, tanto che lo si corresse ulteriormente, ancorandolo al plusvalore arrecato realmente all'immobile, mettendo bene in evidenza che, in ogni modo, il diritto di preferenza doveva considerarsi eminentemente temporaneo e da sopprimere non appena il mercato degli immobili fosse ritornato alla normalità.

Agli albori del suo ingresso nel diritto positivo, la proprietà commerciale era, dunque, avversata negli ambienti più qualificati.

Di fronte alla palese inconcludenza dei lavori delle camere legislative, si « ripiegò » nuovamente sull'intesa di categoria, quasi a cancellare in un tratto il movimento che ormai da oltre un decennio suscitava notevole pressione sui governanti.

Il tentativo rimase però senza esito (39).

4. Fu in questo clima che, quasi di sorpresa, il legislatore regolò la materia con la legge 30 giugno 1926, ritenuta la *magna charta* della proprietà commerciale.

Tralasciamo l'esposizione del complesso interno di regole poste dalla legge, rinviando a trattazioni che la riguardano espressamente (40).

Per la nostra indagine, preme invece rilevare che in essa è stata accolta, fondamentalmente, l'elaborazione della proprietà commerciale, secondo la linea già indicata.

---

(38) Julliot de la Morandière, *Rapport supplementaire*, cit., pp. 49 ss. Riferisce a lungo sul progetto e sull'emendamento, Rotondi, *La tutela*, cit., pp. 127-132.

(39) V. in proposito, Pratis, *La tutela*, cit., p. 32.

(40) Cfr., in vario senso, Daste, *La propriété com.*, cit.; Trasbot, *La propriété com.*, in *Annal. de droit. com.*, 1926, pp. 121 ss.

Il conduttore commerciante ha diritto alla rinnovazione della locazione in modo pieno e in via di regola, derogata dall'eccezionale rifiuto oppostogli dal locatore, denominato diritto di ripresa dell'immobile.

Com'era nell'attesa degli interessati, una disciplina speciale tutela la locazione commerciale, assicurando la permanenza del conduttore nel locale, adibito all'uso specifico dalla scelta contrattuale, coll'imporre al locatore restrizione nel godimento della propria cosa.

Si coglie bene l'essenza del diritto al rinnovo, di questo nuovo diritto del conduttore, esaminando per contrapposto l'eccezionale facoltà di ripresa del locatore, definita in dottrina (41) il diritto dato dalla legge al proprietario di riprendere al termine della locazione l'immobile senza dover corrispondere alcuna indennità.

È palese il radicale capovolgimento delle relazioni tra proprietario e inquilino commerciante al termine del rapporto contrattuale. Sul presupposto oggettivo della cessazione degli effetti della locazione, la legge fonda il diritto soggettivo del conduttore a rimanere nel locale per continuare l'esercizio del commercio in condizioni ambientali più favorevoli, neutralizzando il diritto reale del locatore completamente, almeno in via di principio, o, per dirla con la dottrina contraria, « espropriando » il proprietario del suo diritto sulla cosa immobile.

Nel diritto al rinnovo, la legge costituisce il mezzo primario a difesa della proprietà commerciale, col chiaro intento di dettare una regola definitiva, destinata a distinguersi dagli altri rimedi normativi eminentemente contingenti, come specialmente quelli sul blocco; che s'integra col diritto comune, col sottrargli la materia per ragione di soggetto.

Preparata dall'elaborazione precedente, la nuova disciplina viene ad essere lo sviluppo coerente e il necessario complemento

(41) BOUVIER, *Le droit de reprise*, cit., pp. 9-10.

delle disposizioni sul *fonds de commerce* (42), accogliendo, in questo senso, l'unanime richiesta degli interessati e il nucleo centrale del movimento a favore della proprietà commerciale.

In conseguenza, la dottrina che commenta la legge non esita a dare la definizione della proprietà commerciale, per l'innanzi nemmeno tentata, come diritto al rinnovo della locazione (43).

Il principio posto fu, così, sentito come tendenzialmente irremovibile e gli avversari si sforzarono di accertarne i limiti, nel timore espresso (44) che contenesse una latente forza d'espansione anche oltre il rapporto di locazione, consigliando il legislatore ad estendere ulteriormente il corpo di regole. Tuttavia, però, come diremo subito, la proprietà commerciale è riferita dalla legge esclusivamente al termine del contratto di locazione a commercianti: estenderla ad altri rapporti sarebbe stato, molto probabilmente, porla su basi oggettive, a tutela non tanto del soggetto quanto dell'oggetto, unitariamente considerato, arricchendo la disciplina del *fonds de commerce*. Sarebbe stato, inoltre, pensiamo, un allontanarsi dalle convinzioni correnti sulla proprietà commerciale, derogando palesememnte all'elaborazione storica che, invece, è stata fino ad oggi pienamente accolta.

Sotto questo profilo, la legge fondamentale della « nuova proprietà costituita sul lavoro del commerciante» è la sintesi di ogni veduta espressa nei molteplici interventi di quanti l'hanno voluta: la tesi dell'arricchimento senza causa, della concorrenza illecita, dell'abuso di diritto, che prese a sole non sarebbero

(42) Dottrina concorde: v. BOUVIER, *op. cit.*, pp. 7-8; CENDRIER, *Le fonds de commerce*, cit., p. 7.

(43) Per tutti, RIPERT, *op. cit.*, p. 156. V. GERMIGON, *Les conséquences juridiques, économiques et sociales de la propr. com. en France*, in *Sulla tutela dell'avviamento com.*, cit., p. 141.

(44) RAMARONY, *La proprietà com. in Europa*, cit., p. 15. Del resto una tale preoccupazione basta di per sé a sottolineare la stragrande importanza della disposizione: v. MARTIN-ENNEBICQ, *La propriété com. en droit comparé*, in *Recueil Dalloz*, 1949, p. 37; HANOTEAU, *La « propriété com. »*, in *Sulla tutela dell'avviamento com.*, cit., p. 135; ora, TOULEMON, *La propriété com. devant le Marché commun*, in *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 733.

state sufficienti, si fondono nel sistema composito instaurato e si esprimono sopratutto nell'obbligo delle tre indennità di cui è gravato il locatore o, in sua vece il conduttore subentrante (45).

Da qui, anche, gl'inconvienti che subito ne seguirono, le critiche pressoché concordi, l'ininterrotto intervento del legislatore nella materia, da quelle sollecitato (46).

Ai nostri fini, è sufficiente indicare due tappe dell'*iter* legislativo e riferire brevemente sull'ultimo provvedimento attualmente in vigore, per chiarire l'unicità d'impostazione normativa che ha mantenuto il diritto soggettivo al rinnovo a fulcro della tutela dell'inquilino commerciante.

La prima di quelle tappe è segnata da una legge del 1933 (47) che, sul punto in discorso, sanciva il rinnovo della locazione per la stessa durata della precedente e non oltre il novennio; estendeva il diritto del commerciante al godimento degl'immobili accessori, determinandone le condizioni e i limiti, dichiarandolo trasmissibile al cessionario e al subconduttore; specificava ulteriormente il diritto di ripresa.

Successivamente (48), a quasi dieci anni di distanza, il beneficio fu esteso agli artigiani. equiparati ai commercianti e il diritto al rinnovo venne maggiormente tutelato soprattutto in due modi: nell'indicare la misura dell'indennità sostitutiva coincidente col valore dell'azienda, quale minimo inderogabile, salvo prova contraria a carico del locatore; nella restrizione del diritto di ripresa, coll'imporre nuovi obblighi al proprietario.

La proprietà commerciale trova oggi l'essenziale regolamentazione nel provvedimento legislativo del 1953 (49) che ricon-

---

(45) Bouvier, *op. cit.*, p. 10.

(46) Cfr. Perret-Hervé, *La propriété com.*, cit., pp. 3-4; Martin-Maus-Lafarge, voce *Louage*, cit., pp. 254 ss. (ed ivi ampia bibliografia su ogni problema dalla legge suscitato). V. anche, *Revue trim. dr. com.*, 1960, p. 818, n. 6.

(47) Su di essa, Bouvier, *op. cit.*; Galland, *La demande de renouvellement de bail*, Ljon, 1934; Bichon, *Le droit des étrangers à la propriété com.*, Marseille, 1934; Boitel, *De la procedure en matière de propriété com.*, Paris, 1935.

(48) Notizie in Pratis, *La tutela*, cit., pp. 36-38.

(49) Il decreto 30 settembre 1953, di cui si fa questione nel testo, è stato

ferma il diritto soggettivo a rinnovare la locazione, assicurando così «in una certa misura la stabilità» del possesso dell'immobile (50). Accogliendo la più genuina interpretazione della giustificazione in origine della proprietà commerciale, il legislatore stabilisce che per l'esercizio del diritto occorre essere, oltreché commercianti, proprietari del *fonds de commerce*, sanzionando normativamente la tesi della proprietà commerciale come proprietà sui singoli elementi del *fonds*, in aggiunta e a complemento della proprietà del commerciante sul complesso, quale parte del suo patrimonio.

Giunti al termine della breve indagine storica, non è inutile aggiungere una riflessione a conferma dell'inopportunità di racchiudere in una formula la questione della proprietà commerciale. Verrebbe, infatti, spontaneo definirla ai sensi della legge speciale come il diritto del commerciante ad ottenere il rinnovo della locazione, temperato dall'eccezionale diritto di ripresa del locatore: è questa la concezione normativa e, meglio, la soluzione cogente accolta nell'ordinamento francese. Senonché, l'affermazione avrebbe solo il pregio di rispondere pienamente alle regole legislative e trascurerebbe gli aspetti molteplici emersi durante l'elaborazione precedente, fra loro differenti nonostante tutti convergano alla maggior tutela del lavoro dell'inquilino commerciante.

D'altronde, il tentativo riuscirebbe per la legge francese e non per le altre legislazioni europee, anche se a quella si sono ispirate. In queste, vedremo subito, sono nette le divergenze dal modello francese, di modo che definire la proprietà commerciale il diritto al rinnovo spettante all'inquilino commerciante, è riferire, semmai, la soluzione normativa accolta da un sistema positivo.

Una tale formula è, dunque, insufficiente; e, a ben vedere, ha la più modesta portata di accertare solo un aspetto, non

---

successivamente integrato da disposizioni riguardanti questioni particolari: cfr. MARTIN-MAUS-LAFARGE, *op. loc. cit.*

(50) MARTIN-MAUS-LAFARGE, *op. cit.*, p. 262.

importa se il più importante, della complessa disciplina speciale di cui il legislatore francese si è servito per regolare la materia.

5. Quanto esponiamo, è maggiormente chiarito da un fugace sguardo alla disciplina di altri sistemi positivi.

Il movimento d'idee e d'iniziative suscitato in Francia a favore della proprietà commerciale e il riconoscimento della tutela auspicata, ha trovato seguito nelle legislazioni europee e specialmente in quella del Belgio, dove sulla scorta di un progetto del 1929 si è giunti alla legge del 30 maggio 1931 (51).

Il sistema delineato dal ricordato progetto era molto semplice. Sul chiaro presupposto d'introdurre una disciplina speciale, ivi si auspica la modificazione del codice civile nella materia delle locazioni, delimitando la fattispecie all'unico caso in cui il locatore non mantenga il conduttore nel godimento dell'immobile utilizzando il fondo per svolgervi lo stesso commercio o uno simile, o locandolo ad altro conduttore commerciante, concorrente del precedente. Nell'ipotesi, il locatore ha il diritto di scelta fra il rinnovo e un'indennità, spettante al conduttore « in ragione dell'arricchimento che egli ha procurato al locatore mercé la creazione o lo sviluppo del suo commercio » (52). Sostanzialmente, dunque, non si propone il riconoscimento del diritto soggettivo al rinnovo, com'era nei precedenti francesi, ma si fa perno sul diritto all'indennità che dev'essere comunque dovuta dal locatore, purché se ne accerti il presupposto nell'effettivo avviamento immobiliare. Si contemperano le opposte esigenze del locatore nel far salvo il suo diritto alla scelta.

Com'è chiaro, la tutela auspicata nel progetto costituisce una palese applicazione del più vasto criterio dell'indebito arric-

---

(51) Martin-Ennebicq, *op. cit.*, p. 37; Ripert, *op. cit.*, p. 157. Ragguagli in Ascoli, *op. cit.*, pp. 430 ss., recentemente Marcone, *op. cit.*, p. 24. Riferisce ampiamente sul problema della proprietà com. e sulla soluzione accolta dal legislatore belga, Fredericq, *Traité de droit. comm. belge*, II, Gand, 1947, pp. 123 ss.

(52) Ramarony, *La proprietà com. in Europa*, cit., p. 3.

chimento, fonte di responsabilità per il locatore obbligato al rinnovo o all'indennizzo.

Particolare degno di nota, per l'ulteriore precisazione della fattispecie accolta nel progetto, è la restrizione della previsione ai commercianti al minuto.

Per questo riguardo, l'istanza accolta ripete con esattezza di contorni l'origine del movimento, così appariscente in terra francese, e vi rimane ancorata.

S'invoca la proprietà commerciale solo a favore di una categoria di commercianti, dei dettaglianti che si trovano in contatto diretto col pubblico dei consumatori. Meno che mai, dunque, nel progetto belga si fa della proprietà commerciale una questione di principio; e più modestamente, la si ammette soltanto in funzione di proteggere alcuni operatori economici ad esclusione degli altri.

Il legislatore del 1931 ha accolto integralmente il progetto riassunto e non lo ha successivamente modificato (53) nelle linee essenziali, nonostante il successivo intervento nella materia, concretatosi nella legge 30 aprile 1951 (54).

La concezione normativa della proprietà commerciale, quale diritto al rinnovo della locazione, è condotta alle ultime conseguenze nel sistema legislativo del Lussemburgo (55), dove in un provvedimento del 1930 si scarta del tutto il criterio dell'indennità e si sancisce il principio della rinnovazione obbligatoria del contratto, qualificandola con una nota di realità evidente. L'obiettivo che più stava a cuore al movimento d'idee e d'iniziative svoltosi in Francia, sembra raggiunto nella disciplina del Lussemburgo, che assicura al commerciante il dominio tendenzialmente perpetuo sul fondo altrui.

---

(53) Altre notizie in MARTIN-HENNEBICQ, *op. loc. cit.*; FREDERICQ, *op. cit.*, spec. pp. 125-132.

(54) V. *Annuaire de leg. étrangère*, del 1956. La l. 30 aprile 1951 detta attualmente le disposizioni vigenti nella materia, abrogando l'art. 1762 quater e ss. del codice civ. dov'era stata trasfusa la l. 30 maggio 1931.

(55) Cfr. MARCONE, *op. cit.*, p. 26.

Tralasciamo accenni ad altri sistemi legislativi europei dove è dubbio che l'accoglimento della tutela del commerciante possa propriamente configurarsi come proprietà commerciale (56), preferendo non registrare nozioni atte, più che altro, a sollecitare la curiosità del lettore e di nessun ausilio certo al chiarimento ulteriore della questione che ci occupa.

Di maggiore utilità ci pare, invece, il richiamo alla legislazione irlandese ed inglese (57), già ricordata in via di anticipo nelle pagine introduttive.

Elaborata secondo gli sviluppi suggeriti dalla disciplina in materia di affitto di fondo rustico, la proprietà commerciale fu sentita in maniera lineare e del tutto più semplice che in Francia.

Al termine della locazione, si disse, vengono meno i rapporti instaurati col contratto ed è quindi conseguente che l'avviamento arrecato al locale dal commerciante gli debba essere indennizzato da chi se ne appropria, al pari delle migliorie materiali sul fondo rustico che il proprietario si trattiene. Il movimento a favore dell'auspicata estensione di disciplina all'avviamento immobiliare, non diverso nella sua natura dai miglioramenti in genere, iniziato all'inizio del secolo, riunisce intorno a sé l'adesione totale degli interessati ed assume carattere nazionale per la costituzione di un'associazione avente ad oggetto la difesa della proprietà commerciale.

Il primo risultato positivo, anche se parziale, fu raggiunto in Irlanda nel 1906, con la previsione esplicita dell'indennizzo per la perdita dell'avviamento arrecato al negozio e per le spese sopportate dal commerciante necessitato a trasferire altrove il proprio esercizio (58).

Il provvedimento aveva, però, un'efficacia territorialmente

---

(56) V., in vario senso, MARTIN-HENNEBICQ, *op. cit.*; PRATIS, *op. cit.*, pp. 44 ss.; MARCONE, *op. cit.*, pp. 26 ss.; e, prima, ASCOLI, *op. cit.*, pp. 431 ss.

(57) Agli aa. richiamati alla nota precedente, adde ADAM, *La propriété com.*, Montpellier, 1964, pp. 29 ss.; e SARFATTI, *Indennità per migliorie e per interrotto avviamento in Inghilterra*, in *Arch. giurid.*, 1929, pp. 239-243.

(58) V., *Annuaire de leg. étrangère*, del 1906. Cfr. al riguardo, PRATIS, *op. cit.*, p. 39, nota 21.

limitata e lasciava insoddisfatta la gran parte degli aderenti all'associazione nazionale, anche perché era applicabile soltanto nei casi previsti e non giovava, sempre e comunque, alla tutela dell'inquilino commerciante al termine del rapporto locatizio.

Come avveniva in Francia negli stessi anni, in piazza e dai banchi delle camere legislative ci si muoveva in armonia d'intenti, sostenendo la necessità improrogabile di un adeguato intervento del legislatore (59).

Fu così che nel 1927 si giunse alla legge generale sulla proprietà commerciale e all'obbligo del locatore di corrispondere l'indennità per l'avviamento immobiliare (60).

Per essa, il conduttore ha diritto soggettivo all'indennità qualora dimostri la presenza dell'avviamento conseguente alla propria attività svolta nello stabile da almeno cinque anni e dal quale il locatore tragga vantaggio per l'aumento del canone. Ciò in diretta dipendenza dell'equiparazione dell'avviamento ai miglioramenti nella locazione.

Può, però, il locatore non corrispondere l'indennità di avviamento lucrato e preferire il rinnovo del contratto, alle condizioni che il giudice stabilirà.

La facoltà si muta in obbligo e il rinnovo diventa pretesa, contenuto del diritto soggettivo del conduttore, quando l'avviamento immobiliare è di alto grado e non più compensabile in moneta.

Il diritto al rinnovo è eccezionalmente derogato dal diritto di ripresa, riconosciuto al locatore in casi ben determinati e, nel sistema composito instaurato dalla legge, esclude l'eventuale ulteriore indennizzo d'avviamento al termine della locazione rinnovata.

Si può dire che il legislatore, nella disciplina posta, sia rimasto fedele alle origini del movimento per la proprietà commerciale che trovava l'appiglio più certo nella regolamentazione

(59) Al riguardo, ADAM, *op. loc. cit.*

(60) Landlord and Tenant Act 1927: v. al riguardo, HILL and REDMANN, *Landlord and Tenant*, London, 1946, pp. 723 ss.

normativa dei miglioramenti in agricoltura, come abbiamo detto, inserendo sostanzialmente anche il diritto al rinnovo nella sistematica delle migliorie e considerandolo quale unico mezzo, sia pure sostitutivo dell'indennità e previsto in linea di eccezione, idoneo a compensare l'autore del miglioramento. Qui la differenza dal diritto francese è innegabile; e, sopratutto, più che in quello appare l'accoglimento della proprietà commerciale nel suo vero volto di tutela soggettiva, apprestata, cioè, dall'ordinamento a favore del commerciante al termine del rapporto locatizio, onde asicurargli il godimento pieno del proprio lavoro nell'ultimo risultato concreto, che è l'avviamento lasciato nel negozio.

La nozione normativa dell'avviamento come miglioria ci sembra bene indicare la giustificazione del trattamento differenziato del locatario e rendere chiaramente il dato costante dell'elaborazione della proprietà commerciale, a volte presupposto e dato per scontato, a volte frainteso e confuso, come meglio diremo nel seguito (61).

Quella nozione serve anche ad orientare, a nostro giudizio almeno, sul perché della restrizione della proprietà commerciale alla locazione, con esclusione di ogni altro rapporto.

Risolto l'avviamento nella miglioria, non è difficile ricercare la ragione, o per lo meno una ragione, del riferimento costante della nostra questione alla locazione; ma anche quando ciò non avviene e si considera il problema in termini generali, non ci pare si possa svalutare il naturale accostamento dell'avviamento al miglioramento materiale arrecato alla cosa immobile, come già si è detto nelle pagine introduttive di questo studio.

Può pensarsi che il sistema accolto dal legislatore inglese sia come il punto di emersione del filone di pensiero implicito e presente nell'elaborazione della proprietà commerciale, mai sentita ed elevata a principio destinato ad operare oltre la locazione.

---

(61) Cap. IV, al n. 4.

Capitolo III

LA «PROPRIETA' COMMERCIALE» NELLA LEGISLAZIONE E NELLE PROPOSTE DI LEGGE IN ITALIA

Sommario: 1. Origini del movimento per la proprietà commerciale. Posizione della questione nel primo ventennio del secolo. Atteggiamento della dottrina. Riflessioni: la novità della proprietà commerciale; la restrizione alla locazione. Ostacoli all'accoglimento del principio. — 2. La seconda nascita della proprietà commerciale. Il suo riconoscimento: il d.l. 3 aprile 1921, n. 331. L'ipotesi normativa. Duplicità di categorie ivi previste: concorrenza e arricchimento indebito. La proprietà commerciale come rapporto obbligatorio. — 3. Posizione della questione successivamente all'abrogazione della legge transitoria. Superamento della fattispecie già propria del d.l. del 1921 nei progetti. Richiesta di base che li avvicina. L'avviamento immobiliare, fulcro del problema.

1. L'Italia è stato il primo paese d'Europa ad accogliere la tutela dell'inquilino commerciante. Ma, a dire il vero, il provvedimento, inserito in una legge di carattere transitorio e destinato ad essere abrogato col ritorno alla normalità dopo la prima guerra, non ebbe seguito e fu appena conosciuto all'estero, senza che in nessun modo vi potesse esercitare influenza di sorta (1).

Ciò non vuol dire, però, che da noi la questione non sia stata posta; o, tanto meno, che non si sia avvertita dagli interessati la necessità dell'intervento del legislatore nella materia.

Fin dall'inizio del secolo (2) i sodalizi dei commercianti,

---

(1) V. infatti l'osservazione di Ramarony, *La propr. com. in Europa*. cit., p. 10.

(2) È certo che nel 1908 il Congresso nazionale dei commercianti, tenutosi a Piacenza, fu promosso espressamente per trattare la questione della proprietà commerciale. Notizie in Polacco, *Sulla cosidetta « proprietà comm. »*, cit., p. 106; Rotondi, *Progetti e discussioni*, cit., pp. 84 ss.; Pratis, *La tutela*, cit., pp. 47 ss.

riunitisi in congresso nazionale, avevano sollevato decisamente il problema. A breve distanza, nell'anno successivo, lo stesso argomento fu ripreso in un altro congresso (3) e tutto faceva pensare che il movimento per la proprietà commerciale fosse destinato ad avere sviluppi come nella nazione sorella.

Invece, l'azione degli interessati non ebbe ripercussioni e rimase isolata.

Seguì, infatti, un silenzio prolungato fino al dopoguerra, interrotto soltanto da qualche timido intervento in parlamento, che non ebbe buon esito (4).

A quanto ci consta, nessun progetto di legge qualificato fu elaborato, né i politici raccolsero le istanze di categoria.

Anche la dottrina era poco sensibile al problema, cui dedicava solo accenni, giungendo a conclusione negativa sulla configurabilità della tutela nel diritto vigente, e sopratutto, senza badare a proporre spunti concreti di effettiva problematica (5). Chi invece affermava che ben si poteva accordare l'indennizzo al commerciante anche nel vigente ordinamento, motivava la tesi nella maniera meno efficace, facendone una questione d'interpretazione della volontà delle parti contraenti, non manifestata o incompletamente manifestata (6).

Il primo ventennio del secolo trascorre dunque invano per la proprietà commerciale.

È lecito qui esporre alcuni pensieri che la considerazione di questo periodo suscita.

Il risultato negativo della breve indagine conferma in primo luogo che la questione della proprietà commerciale era

---

(3) Si tenne a Genova nel 1909. Vedine il resoconto in *Atti VIII Congresso naz. fra commercianti, industriali ed esercenti*, Genova 1910.

(4) Tentativo che « fece capolino », come scrive il POLACCO, *op. loc. cit.*; cfr. aa. citati alla nota (2).

(5) SRAFFA, *La locazione di un negozio e l'avviamento*, in *Studi di dir. com.*, Firenze, 1907, pp. 113 ss.

(6) RICCA-BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili*, cit., p. 218.

nuova (7). Nasceva, cioè, dalle circostanze e dai bisogni dell'epoca dietro la spinta degli interessati che non disponevano di locali propri e dovevano ottenerne l'uso stringendo una locazione. Da noi, diversamente che in Francia, in questo periodo mancavano evidentemente quelle condizioni di presupposto e le esigenze della categoria non erano ancora tali da imporsi all'attenzione dei pratici e dei teorici del diritto. Segno certo che gli istituti storici dello *ius stantiandi* e *ius intraturae*, richiamati acriticamente nel periodo successivo alla prima guerra come precedenti della proprietà commerciale, non erano vivi nelle coscienze e non rappresentavano un modello normativo per l'introduzione nell'ordinamento della disciplina differenziata a favore del conduttore commerciante. Quelle figure, di cui abbiamo già detto per riguardo al punto che c'intrattiene, ebbero lunga vita per particolari ragioni ambientali (8) che non si ripetono nel nostro tempo (9) specie in Italia.

Suscita un'ulteriore riflessione il breve esame che la dottrina del tempo dedica all'argomento.

Nonostante, infatti, le divergenti vedute e le opposte conclusioni cui giunge, esiste pur tuttavia l'unico contatto nella concezione, esplicita (10) o implicita (11), dell'avviamento immobiliare quale miglioramento arrecato allo stabile.

Ed è proprio questo accostamento a confermare il motivo, già sottolineato nelle pagine introduttive, che per noi sta alla base della restrizione della proprietà commerciale alla locazione.

Fin dagli inizi, l'impostazione della questione, non importa se allo stato embrionale, si fa riconoscere nelle linee che

---

(7) V., invece, CRISTOFOLINI, *Sul compenso per l'avviamento com.*, cit., n. 615.

(8) ROBERTI, *Ius intraturae e jus stantiandi*, cit., p. 198.

(9) ROBERTI, *op. cit.*, p. 198 e pp. 209-210; POLACCO, *op. ult. cit.*, pp. 105-106; CRISTOFOLINI, *op. loc. cit.*; cfr. MARCONE, *op. cit.*, p. 13.

(10) SRAFFA, *op. loc. cit.*

(11) RICCA-BARBERIS, *op. loc. cit.*

saranno proprie dei successivi sviluppi e non verranno più smentite.

Non facilitò la conoscenza della proprietà commerciale lo sconvolgimento generale della prima guerra. Alla situazione precaria che ne seguì, il legislatore si preoccupò di porre riparo nei limiti del possibile, dettando provvedimenti di natura contingente per risolvere i problemi più urgenti e ritornare al più presto all'equilibrio degli interessi. Rimaneva fuori dal programma la tutela del commerciante, non sollecitata per altro dagli interessati (12).

Si può supporre che i conduttori si accontentassero delle provvidenze legislative del momento che ignoravano del tutto la proprietà commerciale (13). I tempi non erano maturi; sopratutto, negli ambienti quilificati troppo peso doveva avere la concezione della proprietà quale diritto per eccellenza assoluto, « sempre vigile nel conservare immutata la sua posizione » (14), e non si poteva ammettere una deroga ai principi, tanto palese come la limitazione del godimento del locatore a beneficio del conduttore.

Per questa ragione specialmente, dovevano cessare le proroghe degli sfratti al termine previsto per impedire agli inquilini di essere i veri proprietari, temporaneamente almeno per la durata della proroga, consentendo, nei fatti, « un trapasso violento, senza indenizzo di proprietà ». Se il blocco dei fitti, che quelle disposizioni sanzionavano, fosse rimasto, era certo che, a giudizio di una voce autorevole, « gl'inquilini avrebbero potuto vendere al più alto offerente il proprio diritto di occupazione, o cedere al proprietario nominale l'uso dello immobile verso un canone di affitto superiore a quello da essi pagato. Singolarissimo trapasso di proprietà specialmente ri-

---

(12) Cfr., però, ROBERTI, *op. cit.*, p. 198.

(13) Ragguagli ampi in ROBERTI, *op. cit.*; cfr. PRATIS, *loc. cit.*

(14) SRAFFA, *op. cit.*, p. 122; cfr. ROBERTI, *op. cit.*, p. 209.

guardo alla classe dei commercianti e dei professionisti che dalla guerra avevano ricavato vantaggi pecuniari grandissimi » (15).

La veduta, agli antipodi della proprietà commerciale, doveva prevalere; e prevalse nel provvedimento legislativo che, accogliendo le conclusioni surriportate (16), abrogò le precedenti disposizioni di carattere eccezionale a favore dei commercianti.

Si era dunque, nella mente del legislatore, ritornati alla normalità, al ristabilito equilibrio delle contrattazioni, cui tendevano quei provvedimenti eminentemente transitori, ora non più giustificabili. Conseguentemente, bisognava renderli inefficaci.

Era questo l'atto che veniva all'ultimo posto nel programma del governo e lo rifiniva (17).

2. Non sbaglieremmo di troppo se datassimo a questo tempo il ricorso dell'interesse per la proprietà commerciale, d'ora in avanti argomento centrale, di difesa e di repulsa, delle categorie dei commercianti e dei proprietari d'immobili, materia di studio in dottrina e tema di decisioni giurisprudenziali. Dopo il decreto d'abolizione ricordato, la seconda nascita della proprietà commerciale suscita immediate iniziative a favore dell'invocata tutela.

È dell'aprile di quell'anno la « Petizione per la tutela delle locazioni commerciali, industriali e professionali e contro le speculazioni immobiliari » (18). È del settembre successivo un

---

(15) ROBERTI, *op. cit.*, p. 204, il quale rende con efficacia il pensiero di EINAUDI, *Il problema urgente delle case*, in *Corriere della Sera*, 6 settembre 1919. Per la questione particolare circa l'avviamento dei professionisti, di secondaria importanza ai fini dell'indagine, cfr. POLACCO e CRISTOFOLINI, negli scritti richiamati.

(16) ROBERTI, *op. cit.*, p. 208.

(17) Come, infatti, avvenne col decreto 18 aprile 1920, n. 447. Cfr. ROBERTI, *op. cit.*; CHIAUDANO, *op. cit.*, pp. 45-46.

(18) Per ulteriori notizie, rinvio a CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 47; PRATIS, *op. cit.*, pp. 48-49.

ordine del giorno votato dai rappresentanti delle Associazioni provinciali piemontesi (19).

L'esigenza di rimediare in qualche modo alla situazione creata a svantaggio dei conduttori dall'abrogazione della legislazione transitoria, faceva chiedere nuovi interventi per i « fitti di negozi » e, come provvedimento stabile, orientava decisamente le istanze alla proprietà commerciale. Senza mezzi termini, si voleva che « il potere legislativo » provvedesse « a che nel diritto obbiettivo e con norme stabili » (20) fossero sanzionate norme giuridiche adeguate a tutelare definitivamente il commerciante al termine della locazione.

Scartando ogni riferimento al diritto vigente, ritenuto insufficiente a garantire la spettanza dell'avviamento immobiliare all'autore, si chiedeva di regolare *ex novo* la questione, sul dato fondamentale che l'avviamento apportato al negozio è compreso « tra le cose nel patrimonio dei privati e capaci di formare oggetto di commercio » (21).

I voti espressi non furono disattesi.

A un anno di distanza, la proprietà commerciale venne riconosciuta col decreto 3 aprile 1921, n. 331.

---

(19) Vedilo in ROBERTI, *op. cit.*, p. 210 in nota. Le iniziative di categoria presero il via e furono presto organizzati convegni e manifestazioni che lasciavano traccia sicura nelle memorie: v. al riguardo, ORTORE, *Per la estensione dei provvedimenti negli affitti alle piccole industrie*, Este, 1920; *Ancora sulla estensione*, Padova, 1920.

Le richieste singole cominciavano a giungere ai parlamentari: lo sappiamo chiaramente dall'allora ministro ALESSIO il quale, nella discussione al Senato per l'approvazione del decreto che avrebbe consacrato, come poi avvenne, la proprietà commerciale, ebbe a dire: « Io credo che il Governo abbia fatto opera giusta ed illuminata presentando questa proposta al vostro esame, proposta che risponde ad una corrente autorevolissima della pubblica opinione. Anche quest'oggi ho ricevuto manifestazioni da parte di città importanti, quali Bologna, Firenze ed altre favorevoli ad disegno di legge. Il prefetto di Firenze, con un telegramma, ha fatto voto che il disegno sia approvato, perché esso risponde alle tradizioni di quella nobile città » (evidentemente alludendo agli istituti storici dello *ius stantiandi* e *ius intraturae*). L'intervento è riportato in CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 221.

(20) Così l'Ordine del giorno delle Assoc. prov. piemontesi, cit., in ROBERTI, *op. loc. cit.*

(21) *Idem*.

Sono noti i precedenti immediati e i provvedimenti immediatamente successivi al menzionato decreto nè interessa granché qui ricordarli (22).

Vale, peraltro, lumeggiare il nucleo della disposizione che, vera figlia di una legislazione affrettata e transitoria, scontentò tutti e non segnò un punto di riferimento per l'elaborazione posteriore, sia pure nei limiti che diremo.

Inserita nell'articolo 6, che accomuna figure differenti (la concessione di proroga e la determinazione dell'ammontare della pigione), la regola in discorso è posta in stretta connessione col precedente art. 4 (sulla competenza della commissione arbitrale) e ne è il complemento necessario (23). Sicché si giudicò bene l'atteggiamento del legislatore coll'affermare che la proprietà commerciale entrava «di straforo» nell'ordinamento (24), cogliendo di sorpresa i proprietari che avevano stipulato contratti senza essersi cautelati (25).

Sul locatore (26) gravava il compenso per lucrato avviamento e nei limiti dell'indebito arricchimento. La fattispecie legislativa non lascia dubbi in proposito.

Indipendentemente dalla mala fede del locatore nel profittare dell'aumentato valore redditizio dell'immobile, cui la terminologia positiva parrebbe alludere (27), il conduttore ha di-

---

(22) Rinvio a: Polacco, Cristofolini, Chiaudano, *op. loc. cit.*; Rotondi, *op. cit.*, pp. 84 ss.; Pratis, *op. cit.*, pp. 49 ss.

(23) Conseguentemente, abolite le commissioni arbitrali, venne meno la tutela del commerciante, stabilita dall'art. 6: cfr. Cristofolini, *op. loc. cit.*; e Pratis, *op. cit.*, p. 55 testo e nota 6.

(24) Così si espresse Polacco nell'intervento alla discussione in Senato per l'approvazione del d.l. (già ricordata, in Chiaudano, *op. cit.*, p. 224), proponendo nella stessa sede il noto ordine del giorno che sollecitava il «Governo a presentare al più presto altro apposito disegno di legge che regoli il principio stesso in tutte le sue modalità» (*ivi*, p. 225).

(25) Cfr. l'intervento di Amero D'Aste, in *Discussione al Senato it.*, cit., in Chiaudano, *op. cit.*, p. 213.

(26) In questo senso si deve intendere il termine generico di «proprietario» ricorrente nel d.l.: Cristofolini, *op. cit.*, p. 616.

(27) Così, De Blasi nell'intervento alla *Discussione al Senato it.*, cit., in Chiaudano, *op. cit.*, pp. 208 ss.

ritto soggettivo al compenso per l'avviamento da lui procurato al locale, che al termine della locazione non potrà mantenere nel suo patrimonio attivo. È in questo momento che la proprietà commerciale, intesa nel senso più pregnante di proprietà del commerciante, appare in tutta la sua evidenza e, come si esprime la relazione, « si stacca dal locale » (28) dando luogo al compenso. Ed è così che il locatore, cui ritorna il negozio arricchito, lo mantiene di pieno diritto senza appropriarsi del frutto del lavoro altrui.

D'altronde, il vantaggio apportato al locale dall'opera del commerciante è di natura specifica e consiste nella frequenza della clientela affezionata allo stabile, o anche, in formula breve, nell'avviamento dell'immobile. Il locatore può risentire e volgere a proprio profitto tale beneficio o subentrando personalmente nello stesso commercio del conduttore uscente o percependo un canone maggiorato da un nuovo inquilino. Questi tuttavia lo corrisponderà solo se sarà in condizione di utilizzare la clientela abituata al locale e quindi solo nel caso in cui eserciti lo stesso commercio o la stessa industria del precedente conduttore.

Sul punto, non lascia dubbi il tenore dell'art. 9 del decreto in discorso (29).

L'ipotesi legislativa è dunque schematica; e se ne coglie il significato nella tutela del commerciante da una forma di concorrenza, attuata dal locatore o dal conduttore entrante, ritenuta illecita non in via di principio ma sempre che il concorrente « riesca a trarre profitto dall'avviamento procurato al negozio dal primo conduttore » (art. 6).

Il soggetto del comportamento può non essere il soggetto te-

---

(28) Fraintende, CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 619, che critica non a proposito la relazione.

(29) « Nell'ipotesi di cui alla lettera c) del presente d.l., il conduttore uscente avrà diritto al compenso di fronte al proprietario soltanto nel caso in cui questi, ovvero il nuovo conduttore, esercitino lo stesso commercio e la stessa industria ». Il testo della disposizione è in *Lex*, 1921, p. 213.

nuto al compenso, come nel caso, ordinario del resto, che sia il nuovo conduttore ad utilizzare l'avviamento immobiliare. Sicché può esistere una scissione tra il responsabile del fatto concorrenziale e l'obbligato al compenso. Verso il conduttore uscente risponde sempre il locatore, considerato in linea generale nella veste di proprietario.

L'analisi vuol descrivere il fenomeno normativo e rendere ragione della duplicità di categorie presenti alla mente del legislatore: concorrenza e arricchimento indebito, l'una complementare dell'altra (30). La nuova regola infatti tutela il commerciante, assicurandogli il risultato del lavoro svolto nel locale ed impedendo l'arrichimento ingiustificato del proprietario che trae vantaggio dall'avviamento immobiliare. La condizione legale dell'arricchimento indebito è la concorrenza ed in conseguenza l'avviamento immobiliare, nel significato più volte ricordato, è un'entità economica ritenuta suscettibile di godimento da parte di più persone quali il locatore e il nuovo conduttore, in via diretta o indiretta non importa.

Bisogna ancora aggiungere che la proprietà commerciale è configurata dalla nuova disposizione come un rapporto obbligatorio (31), intercorrente tra il proprietario dell'immobile e il conduttore uscente e incidente sull'avviamento immobiliare. In virtù di tale disposizione, il diritto soggettivo al compenso si colloca a contenuto della pretesa del soggetto attivo.

---

(30) In virtù della disposizione, si deve ritenere che l'indebito arricchimento fu riconosciuto nell'ordinamento precedente al codice del 1942, anche se temporaneamente: cfr. in proposito, De Martini, *Proprietà commerciale*, cit., p. 141. Nonostante l'improprietà dell'espressione « *indebito* arricchimento », ci uniformiamo al linguaggio dei sostenitori della proprietà com., pur riconoscendo che si dovrebbe parlare, per essere precisi, di « *ingiustificato* arricchimento » o « arricchimento *senza causa* ». Usiamo di preferenza la prima dizione.

(31) Cfr., al riguardo, Cristofolini, *op. cit.*, p. 620, dove si legge: « Il diritto al compenso per l'avviamento nasce, secondo noi, *ex lege* dal contratto di locazione relativo a locali commerciali o industriali, è, in certi casi e in certi limiti, una conseguenza del contratto stesso, dal quale è inseparabile per legge; concludiamo quindi per ravvisare nell'obbligazione del locatore una obbligazione nascente dal contratto ».

Com'era nelle attese dei commercianti, la nuova disciplina realizzava senza dubbio una tutela soggettiva, data cioè a difesa del contraente qualificato, introducendo nella materia delle locazioni, sia pure temporaneamente, un trattamento differenziato a favore del conduttore.

3. Il campo d'indagine, che il decreto avrebbe dovuto indicare, era ben delimitato; ma la successiva elaborazione della proprietà commerciale non ne tenne conto. Specialmente la dottrina si dette alla ricerca più speculativa che pratica delle giustificazioni del «nuovo diritto», allontanandosi in questo dalla dottrina formatasi in Francia, contribuendo efficacemente al movimento per la proprietà commerciale e procedendo in assoluta libertà da vincoli normativi.

Più oltre, ne proporremo l'interpretazione unitaria (32).

Entrata come di straforo nell'ordinamento, la nuova regola ne usciva dopo breve tempo (33).

Probabilmente per questa ragione, come già si è detto, non la si ritenne degna che di un solo sguardo nella letteratura francese, nonostante si riconoscesse concordemente in essa il primo apparire della proprietà commerciale in Europa (34).

Egualmente fu, del resto, in Italia dove la si considerò, diremmo, un incidente del legislatore.

Sta di fatto che, dopo quel decreto, la proprietà commerciale non ha avuto più riconoscimento nel nostro diritto e, per quanto pensiamo, non lo ha nemmeno oggi, in vigenza della legge 27 gennaio 1963, n. 19, sulla «tutela giuridica dell'avviamento commerciale», per le considerazioni altrove esposte (35) e per quelle che esporremo in proseguo (36).

(32) V. Cap. IV, pp. 79 ss.

(33) D'avviso contrario è, Vivante, *La proprietà commerciale della clientela*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 494, autorevole voce isolata al riguardo.

(34) Cfr., ad es., Ramarony, *La proprietà com. in Europa*, cit., p. 10; e Fournet, *La propriété com.*, cit., p. 57.

(35) V. *La «tutela giuridica dell'avviamento com.»*, cit., a p. 97, nota (2).

(36) V. oltre cap. V, pp. 97 ss.

Nei progetti (37) che seguirono è concordemente accolto il principio del diritto del conduttore al compenso per l'avviamento lucrato, come subito diremo.

In essi il principio, già del d.l. 1921, è utilizzato sotto il segno di un'interpretazione più evoluta e svincola la proprietà commerciale dalle strettoie della concorrenza, che nel precedente legislativo costituivano i limiti più certi della tutela del commerciante.

Prevalse lo schema più semplice (38): sul fatto oggettivo dell'utilizzazione dell'avviamento immobiliare, l'ordinamento avrebbe dovuto garantire l'interesse dell'autore dell'incremento redditizio, elevandolo a diritto soggettivo ed obbligando al compenso il locatore o, in sua vece, il conduttore subentrante (39).

Le molteplici iniziative mettevano capo alla richiesta base delle categorie interessate, che si può così riassumere: chi gode l'avviamento, lo deve compensare.

---

(37) Diligente rassegna in PRATIS, *op. cit.*, pp. 51 ss. Cfr. anche il progetto del PRATIS, *op. cit.*, pp. 141 ss.; v. l'altro del MURANO, *op. cit.*, pp. 254 ss. *Adde* la proposta RICCIO cit. a p. 98 nota (4). Seguono in ordine di tempo, due altre proposte: la prima formulata da FODERARO, CARCATERRA, DOSI, ORIGLIA, 6 agosto 1958; la seconda formulata da ANGIOY, ROBERTI, 11 giugno 1959 (ambedue in *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Documenti - Leg. III*, ai nn. 240 e 1308).

(38) Ciò va detto anche per riguardo all'elaborazione francese, di cui *retro* cap. II.

(39) Va qui precisato che mentre alcuni progetti (spec. progetto CARTONI del 25 maggio 1925, in *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Documenti - Leg. XXVII*, al n. 541; e in MURANO, *op. cit.*, pp. 242 ss.) gravavano del compenso sia il locatore sia il conduttore subentrante, nella convinzione che l'uno e l'altro potevano giovarsi dell'avviamento; altre proposte (spec. quella elaborata dalla Camera di Commercio di Torino, cit., alla nota (78) di p. 31; e il disegno di legge OVIGLIO del 4 dicembre 1925, in MURANO, *op. cit.*, pp. 246 ss., che sul punto emendava il progetto CARTONI, cit.) riferivano il compenso, in via alternativa, o al proprietario o al nuovo conduttore. Con maggior coerenza le più recenti iniziative fanno obbligo dell'indennità al locatore senza che il conduttore uscente debba risponderne alternativamente o solidalmente col proprietario (cfr. spec. la proposta di FODERARO, cit. alla nota (78) di p. 31; di PRATIS, *op. cit.*, p. 143 e pp. 128-129; e di MURANO, *op. cit.*, p. 255). È questa, del resto, la linea seguita dal progetto ROSSI, più volte richiamato e, prima, dal decreto 3 aprile 1921, n. 331, all'art. 6, come già si è precisato *retro* a pag. 69.

L'unica proposta, qualificata almeno, che rinverdiva lo schema dell'utilizzazione dell'avviamento sul presupposto dell'attività del locatore o nuovo conduttore in concorrenza con il primo commerciante, fu respinta con vigore dalla Confederazione generale del commercio (40) e rimase in effetti senza seguito (41).

Sicché si può dire che i tratti ricordati (diritto al compenso e responsabilità per goduto avviamento), concretanti l'unica fattispecie del diritto al compenso per lucrato avviamento, agevolano l'avvicinamento dei vari progetti (42) e servono a distinguere, in principio, l'elaborazione della proprietà commerciale in Italia specialmente da quella francese.

In aderenza agli intenti che ci sono di guida nell'indagine, pensiamo ci si possa astenere dall'enunemare criticamente i singoli schemi susseguitisi, per soffermarci di preferenza sull'esame dell'avviamento che sfugge, a nostro giudizio, ad una precisa individuazione.

Abbiamo detto che la fattispecie, già propria del d.l. del 1921, veniva ad essere semplificata. I progetti, pur nei li-

---

(40) Trattasi del progetto Rossi, in *Atti parlamentari - Senato - Documenti - Leg. XXVI*, al. n. 517, criticato sul punto dalla Confederazione gen. del commercio nelle *Osservazioni al disegno di legge 18 luglio 1922. n. 517 (progetto Rossi), sulla tutela dell'avviamento com.*, riportate in Chiaudano, *op. cit.*, pp. 277 ss., spec. pp. 282-283, dove si legge: « Questa limitazione non ha alcuna ragione di essere perché l'avviamento può essere appropriato da qualsiasi conduttore che subentri al conduttore uscente, e, in tale ipotesi, non si comprende perché debba concedersi indennizzo soltanto in alcuni casi e in altri lo si debba negare ». Sicché è quanto meno riproporre uno schema superato e anacronistico limitare l'indennizzo al solo caso in cui il proprietario (o il nuovo conduttore) eserciti lo stesso commercio (o commercio affine). L'errore di prospettiva vizia la proposta Riccio richiamata nella nota (37) che, per questo appunto, non ha influito sulla legge vigente in tema di tutela dell'avviamento com. Di ciò, più avanti, al cap. V, pp. 97 ss.

(41) Successivamente, però, nel 1928, il Vivante, nel progetto richiamato alla nota (77) di p. 31, riproponeva la tesi, segnando un passo indietro nella elaborazione della proprietà commerciale. Nello stesso senso, recentemente, il progetto Riccio, già segnalato.

(42) Molti sono vicini tra loro anche per la redazione formale degli articoli: v. i progetti richiamati alla nota (39).

miti chiariti, auspicavano il riconoscimento del diritto al compenso sul presupposto del godimento dell'avviamento da parte del locatore.

La tematica, così com'era posta, modificava implicitamente il concetto medesimo di avviamento.

Considerato come entità a sé, al di fuori dell'ambito concorrenziale, l'avviamento immobiliare non consisteva più nella clientela affezionata al negozio. Indicava piuttosto un beneficio, economicamente valutabile, che veniva a godere il locatore, come il nuovo conduttore, perché l'uno e l'altro disponevano dell'immobile. Sicché la clientela abituata al locale poteva essere un aspetto dell'avviamento, se si vuole il più appariscente; come poteva esserne una conseguenza che, in principio, ne rimaneva distinta e, rispetto all'avviamento, si poneva nelle risultanze di fatto, puramente eventuali, senza influire sul miglioramento apportato allo stabile dal commerciante.

Sul punto, progetti e dottrina s'incontrano. Nonostante che ben pochi di quelli siano stati elaborati dai teorici della proprietà commerciale, l'una e gli altri rivelano la stessa generica concezione sull'avviamento, peraltro di difficile comprensione e di più ardua spiegazione (43).

---

(43) In proposito, ROTONDI, *Studi sull'avviamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 277, (ora, in *Scritti giuridici*, cit., pp. 115 ss.) il quale lamentando l'inconveniente scrive « La mancanza di chiarezza di concetti e di precisione terminologica ebbe ancor recentemente la sua riprova in occasione delle discussioni relative alla così detta « proprietà commerciale », forma assolutamente impropria, in ogni caso, con cui si vorrebbe designare un preteso diritto del commerciante conduttore di un negozio all'avviamento che da lui sarebbe conseguito all'immobile locato per effetto dell'esercizio della sua azienda ». (V., però, le osservazioni a pagina seguente). Al riguardo, la puntuale osservazione di MARIANI, *L'analisi del valore di avviamento*, cit., p. 30. È, probabilmente, questa difficoltà di sistemazione concettuale che porta la migliore dottrina germanica a negare, in via generale, la giuridicità dell'avviamento, chiamato, generalmente *chance* o *goodwill*. Il WIELAND, (*Handelsrecht*, München-Leipzig, 1921, pp. 246-247), infatti, afferma: « die chancen sind werterzeuger, die nicht Rechte sind ». Più recentemente, l'ENNECCERUS, (*Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1952, pp. 563 ss.) nel definire l'impresa, egualmente afferma che questa è « die Summe von Recten und Tatsächlichen Beziehungen (chancen, goodwill) ».

Tuttavia, svincolato dai lacci della concorrenza, l'avviamento immobiliare è stato reso con differenti sfumature che ne escludono la nozione unitaria.

È lecito dubitare che coincida con l'*achalandage* delle fonti francesi, dove l'espressione ha un significato tecnico preciso, atto a designare la clientela affezionata al locale nella sua qualità precipua d'immobile dove l'azienda è gestita e vive.

In quelle si opera espressamente sulla nota distinzione tra *achalandage*, *pas de porte* e *clientèle*, ben precisando che per *pas de porte* s'intende ogni circostanza favorevole al locale e, sopratutto, quelle dipendenti dall'ubicazione (nostra rendita di posizione): e che la *clientèle* indica « per definizione » il pubblico affezionato alla persona del commerciante, quel particolare pubblico, cioè, che frequenta il negozio solo perché vi è attirato dalle doti del gestore (44).

Da noi, invece, non si fa distinzione di sorta (45), almeno per quel tanto che sarebbe sufficiente a porre in rilievo l'es-

---

(44) V. aa. citati alla nota (13) di p. 42. La distinzione cui ci riferiamo nel testo è chiaramente espressa dagli aa. interessatisi alla proprietà commerciale, salvo qualche voce discorde della dottrina avversa (JULLIOT de la MORANDIÈRE, *Rapport*, cit., p. 324) che rimane isolata. Ma, oltre l'ambito della nostra questione, la distinzione tende a perdere nettezza di contorni e non è infrequente, specie nelle trattazioni generali, l'indagine sul significato delle parole: cfr., per tutti, COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, I, Paris, 1948, p. 24 testo e note, p. 25 testo e note, il quale, parlando di *clientèle*, avverte, alla nota 4 di p. 38, che « par ce terme, nous entendons, d'ailleur, viser également l'achalandage ». La diversa significazione dei termini, può confermare la questione particolaristica della proprietà commerciale, come più volte si è affermato. D'altronde, bisogna precisare che la distinzione ricordata è una conquista dei cultori della proprietà commerciale che non s'ispirano alla dottrina dal passato (v., infatti, SAY, *Clientèle*, in *Dictionnaire de l'économie politique*, Paris, 1852, per il quale nessuna differenza c'è fra *clientèle* e *achalandage*: le parole significano la medesima realtà e la prima si riferisce alle professioni liberali, il secondo è usato nell'ambiente commerciale e industriale).

La precisazione è specialmente utile al nostro argomento che dalla distinzione menzionata prende maggiormente luce.

(45) Cfr. spec,. ROTONDI, *op. ult. cit.*, p. 291; dell'a. v. sul punto, *La notion juridique de l'achalandage*, in *Annales droit commercial*, 1930, pp. 30 ss.; ora, *Progetti e discussioni*, cit., p. 96 testo e nota (11).

senza dell'avviamento immobiliare, che si fa consistere sostanzialmente in una situazione di fatto vantaggiosa, derivata dall'opera del conduttore commerciante non meglio identificabile.

Sopratutto non si può pensare che l'avviamento immobiliare s'identifichi con la clientela e altro non sia che la clientela commerciale sia pure intesa in senso ampio. Autorevoli affermazioni contrarie in proposito (46) sono rimaste isolate e senza seguito perché, a ben vedere, non hanno giovato all'approfondimento dell'indagine; hanno bensì eccessivamente ampliato nella corrispondenza indicata la realtà dell'avviamento immobiliare (47). Presa di posizione in astratto criticabile (48) e in ef-

(46) VIVANTE, *La proprietà commerciale*, cit., pp. 493 ss.; anche, *La clientela oggetto di proprietà*, in *Foro it.*, 1929, I, cc. 26 ss.; *Ancora sulla clientela*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 1 ss.; MARRACINO, *Il rimborso dei miglioramenti e il diritto di ritenzione a favore del conduttore*, ivi, 1929, II, pp. 476 ss.; *La proprietà commerciale e il diritto di clientela*, in *Giurispr. it.*, 1930, IV, cc. 1 ss.; e, *Per la tutela del diritto di clientela commerciale*, in *Atti I Congr. giurid. it.*, Roma, 1932, pp. 167 ss.; GRECO, *La clientela commerciale come oggetto di diritti*, in *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931, pp. 573 ss.; e *Il contratto di locazione e la tutela dell'avviamento*, in *Foro it.*, 1933, I, 1628 ss.

(47) Occorre precisare che la dottrina richiamata, sia pure con notevoli sfumature, mostra di intendere la clientela commerciale in senso ampio anche se fa leva, infine, sul lavoro del commerciante da tutelare nel risultato utile che viene appunto detto clientela commerciale. Ma è proprio l'ampiezza del concetto che se per un verso estende troppo l'avviamento oltre i limiti palesati dall'elaborazione della proprietà commerciale secondo l'indagine svolta, per l'altro verso lo annulla nella corrispondenza indicata dalla quale non appare nè l'avviamento riferito all'immobile nè l'avviamento quale generica situazione in fatto vantaggiosa per il locatore e derivata dall'opera del conduttore. In questo senso va integrata l'affermazione del testo.

La tesi, tanto autorevolmente sostenuta, si spiega allorchè si ponga mente all'intento dichiarato di coniare un diritto specifico, di carattere reale, del commerciante sulla clientela. V. oltre, cap. IV, al n. 5.

(48) Sopratutto perchè l'uso del termine clientela commerciale può ingenerare equivoco sull'oggetto della tutela invocata, né c'è ragione di preferirlo all'altro, tradizionale, di avviamento. Si coglie qui con chiarezza la derivazione terminologica dalla dottrina francese non interessatasi specificamente alla proprietà commerciale. V. nota (44).

In secondo luogo, perchè, a motivo dell'ampiezza con la quale viene intesa dai sostenitori, finisce per indicare il mercato che non può certo essere l'oggetto della proprietà commerciale, comunque la si voglia intendere. Cfr., in riferimento al pensiero del VIVANTE sull'avviamento, la giusta osservazione di MARIANI, *L'analisi del valore di avviamento*, cit., p. 32.

fetti vigorosamente criticata per più argomenti di teoria generale (49), rimarchevole, ai nostri fini specifici, perché segna un passo indietro nell'elaborazione della proprietà commerciale.

D'altronde, ogni tentativo rigidamente sistematico per giustificare il nostro istituto, è sopratutto estraneo alla gran parte dei sostenitori, per il singolare porsi della questione. In coerenza alle premesse e cioè per tutelare il lavoro del commerciante, si auspica la disciplina differenziata della locazione, come già si sa, né si bada in modo alcuno a precisare con rigore, sia logico sia scientifico, l'avviamento dell'immobile, ritenendolo a sufficienza espresso coll'enunciarne la rilevanza economica.

L'esame condotto nelle pagine introduttive e gli argomenti che siamo venuti svolgendo, ci sembrano avvalorare la conclusione. Pensiamo, infatti, che, nell'elaborazione della proprietà commerciale, l'avviamento immobiliare indica una situazione in fatto vantaggiosa nel senso esposto e non si presta ad ulteriori precisazioni.

Quando lo si è voluto chiarire, si è operato piuttosto un avvicinamento di concetti inavvicinabili, senza raggiungere lo scopo.

Nella dottrina favorevole alla proprietà commerciale è frequente l'equivoco di spiegare l'avviamento immobiliare ricorrendo all'avviamento dell'azienda. Spesso, infatti, si fa del primo una derivazione del secondo, quasi una specie, e meglio, una manifestazione tutta particolare perché, trasportata l'azienda altrove, rimarrebbe nel locale, come se vi « s'incrostasse » (50).

Va notato, però, che l'accostamento dell'avviamento immobiliare all'avviamento dell'azienda è del tutto generico, vago

---

(49) CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, cit., pp. 330-333; MUSATTI, *Sulla proprietà della clientela*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, pp. 281 ss.

(50) Cfr. CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 619; e DE MARTINI, *Proprietà com., avviamento*, cit., p. 135; anche, *L'usufrutto di azienda*, Milano, 1950, p. 76 nota (21-*bis*).

e non si presenta come il risultato di un processo critico atto a dare saldo fondamento scientifico alla proprietà commerciale. L'esigenza è sconosciuta ai sostenitori che, come più volte si è precisato, volgono l'attenzione ad un fatto concreto e ne richiedono la tutela adeguata appellandosi al senso di giustizia e moralità. Quell'accostamento ha, dunque, un significato occasionale e di sola forma, ininfluente com'è alla soluzione del problema.

D'altronde, non si può dimenticare che la dottrina favorevole usa di preferenza un linguaggio significativo al riguardo. Preferisce « negozio » ad « azienda » ed indica l'« avviamento » con molteplici sinonimi quali « plusvalore dell'immobile », « aumento di reddito del locale », « quid che si aggiunge al negozio » e simili. Segno sufficiente, ci pare, dell'impostazione data alla questione, particolare e particolaristica, per la quale non sono d'ausilio concetti elaborati per altri istituti.

La dottrina avversa fa, invece, dell'accostamento una questione sostanziale, muovendo da argomenti di carattere generale e a conclusione della selezione critica delle vedute sull'avviamento d'azienda. Prescinde, così, dalla considerazione concreta della proprietà commerciale ed opera una palese inversione di metodo (51), poiché qualunque idea si abbia dell'avviamento d'azienda — ciò che qui non importa tenere in considerazione — è certo che non può coincidere (52) con l'avviamento immobiliare, il quale assume il proprio significato nell'ambito della questione della proprietà commerciale.

---

(51) L'inesattezza metodologica è avvertibile (anche) nella più autorevole dottrina avversa alla proprietà com.: per tutti, MESSINEO, *op. cit.*, e ROTONDI, nelle *opp.* richiamate. Lo stesso equivoco è, probabilmente, in FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*. Firenze, 1945, pp. 113 ss., p. 115 nota 3, il quale sembra servirsi del concetto di avviamento (d'azienda) da lui elaborato per escludere la proponibilità della proprietà com. V., in proposito l'osservazione di MESSINEO, *op. cit.*, p. 111 in nota.

(52) La distinzione di cui si parla nel testo è ben delineata da LA LUMIA, *Teoria giuridica della « azienda commerciale »*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 430, nota 3. Cfr. anche, DE MARTINI, *Proprietà com., avviamento*, cit., p. 137.

Recentemente, una sentenza (53) chiarisce con efficacia il senso più vero dell'avviamento nella proprietà commerciale precisando che il conduttore deve, con la sua opera, dotare «il locale da lui occupato di un quid, ossia di un valore, che prima l'immobile non aveva o che possedeva in minor misura: un vantaggio acquisito dal locale come fatto aderente alla sua stessa entità materiale e di cui il locatore venga a trovarsi nella possibilità di volgere a suo favore».

Coerentemente e con molta precisione, nella sentenza, si afferma risolutamente la differenza tra l'avviamento immobiliare « condizione per il sorgere del diritto del conduttore » e l'avviamento commerciale che « viene in considerazione quale bene immateriale dell'azienda ».

Le osservazioni svolte, vanno tenute presenti a maggior conferma di quanto già abbiamo detto e servono di tramite al tentativo d'interpretazione unitaria della dottrina sulla proprietà commerciale.

---

(53) Trib. Bari 16 aprile 1964, in *Foro it.*, 1964, I, 1736 ss.

Capitolo IV

ORIENTAMENTI DOTTRINALI SULLA «PROPRIETA' COMMERCIALE»

Sommario: 1. Tentativo d'interpretazione unitaria della dottrina italiana favorevole alla proprietà commerciale. Giustificazione dell'indagine. — 2. (segue) La tesi dell'abuso di diritto, punto di riferimento per l'individuazione del nucleo comune alle principali vedute. La proprietà commerciale come rapporto obbligatorio. Soggetti del rapporto; l'oggetto (mediato e immediato). Contenuto negativo del rapporto, risolventesi in una obbligazione di non fare. Precisazione: significato atecnico della terminologia adoperata in dottrina. Tesi dell'arricchimento ingiustificato. Convergenza dell'una e dell'altra tesi. — 3. (segue) La tesi dell'illecita concorrenza. Sua insufficienza. Ricorrenza della fattispecie obbligatoria. — 4. (segue) La tesi della gestione utile e l'altra dei miglioramenti. Inadeguatezza di ambedue ad apprestare la tutela al commerciante. Pregi della seconda concezione. Emersione della fattispecie obbligatoria. — 5. Il riferimento analogico all'accessione, all'enfiteusi, alla proprietà, affermato in dottrina per l'attuazione della proprietà commerciale. Esclusione della fattispecie obbligatoria. Singolarità di queste tesi. Loro inconciliabilità con i principi guida dell'elaborazione sulla proprietà commerciale. — 6. La giurisprudenza favorevole alla proprietà commerciale. Cenni. Valutazione critica.

1. Si sa che in assenza di vincoli normativi (1), la dottrina italiana ha trattato liberamente la questione, portando spesso nello scritto il calore ed il colore della polemica, che mortifica alquanto il rigore delle argomentazioni.

Molte tesi si sono avanzate (2); tutte sono state discusse; e

---

(1) Come si è precisato *retro*, p. 70, il ricordato d.l. 1921, che riconosceva la proprietà com., ebbe breve durata.

(2) Nell'ordine d'importanza ch'esse presentano per l'indagine svolta nel testo, si possono così enumerare: tesi dell'abuso di diritto; dell'arricchimento indebito; dell'illecita concorrenza; della gestione utile; dei miglioramenti; dell'accessione, dell'enfiteusi e della proprietà. Data la delicatezza della disamina, preferiamo non richiamare qui la dottrina per parlarne ai luoghi opportuni.

nessuna ha segnato, in sostanza, un punto di arrivo preciso e stabile. Sicché anche gli studi più recenti sembrano non presentare i pregi della riflessione maturata sulla scorta di precedenti certi.

Come in passato, agli albori dell'interesse scientifico per la proprietà commerciale, avviene in tempi più vicini, sì da far pensare a singole costruzioni affidate sopratutto all'intuizione degli autori, secondo le precisazioni che faremo nel seguito (3).

Nondimeno, pur nella varietà di vedute espresse, a noi sembra possibile e utile proporre l'interpretazione della dottrina nel modo che riteniamo corretto. Ne ravvisiamo la giustificazione nella miglior comprensione della questione che si verrà chiarendo di più oltre il senso oscuro della terminologia, universalmente ritenuta inidonea a qualificare l'essenza del problema, seppur si presenta di qualche giustificazione empirica.

2. Prendiamo l'avvio dalla concezione per la quale l'abuso di diritto è immanente nella realtà stessa del rapporto di locazione (4); tesi che specifica l'altra, generica e meno precisa, della proprietà commerciale fondata sulla repressione dell'abuso del diritto domenicale (5).

Sopratutto da tale impostazione deriva che, necessariamente, lo « sfratto » dell'inquilino commerciante denuncia palesemente « la strapotenza » del locatore, il cui diritto si vuole in ogni modo restringere e neutralizzare col riconoscere al conduttore il diritto contrario e, principalmente, il diritto ad essere compensato dell'avviamento lasciato nel negozio. La facoltà piena di non rinnovare la locazione o di rinnovarla ad un

---

(3) A nostro avviso, è questo un motivo ulteriore della difficoltà che s'incontra nell'intendere la dottrina sulla proprietà commerciale, come più volte è stato apertamente dichiarato. Ed è questa una ragione di più, oltre le altre esposte nel testo, per indicare il nucleo che rende possibile l'avvicinamento delle vedute.

(4) È la tesi autorevolmente sostenuta da POLACCO e CHIAUDANO, *opp. citt.* Cfr. FODALE, *op. cit.*, p. 21. V. nota (69) a p. 27.

(5) LURASCHI, *op. cit.*, pp. 18 ss.

canone diverso e più gravoso per il commerciante come di sottrarre la cosa alla destinazione locativa, giustifica la richiesta di una nuova disciplina atta a differenziare la locazione a commercianti dalla locazione in genere.

Individuato nel diritto al compenso corrispondente all'avviamento del locale, il criterio più adatto e « la massima fondamentale » per la tutela del commerciante, si chiede la contropartita alla libertà del proprietario obbligandolo a corrispondere l'indennità.

Più correttamente, si vuole che l'interesse in fatto del commerciante sia giuridicamente garantito e diventi pretesa verso il proprietario dell'immobile, il solo a potere e dovere soddisfarla, evitando all'inquilino la perdita dell'avviamento.

Spirati i termini della locazione, proprietario e commerciante si trovano ad essere parti di un altro rapporto, tipicamente obbligatorio, non più sinallagmatico, dove il soggetto attivo è il commerciante e il soggetto passivo, tenuto alla prestazione, è il proprietario dell'immobile (6).

Questo rapporto origina dalla locazione; in essa è da ricercarne la ragione empirica e nella legge la fonte normativa. Il rapporto si svolge, ma rimane latente, col perdurare della locazione, per emergere quando questa termina e sostituirsi ad essa. La locazione è, dunque, rispetto a questo secondo rapporto il presupposto di fatto necessario. In quanto tale, essa rimane fuori della fattispecie in argomento e se ne distingue sopratutto per il profilo oggettivo, assumendo sicura individualità.

Ciò vale in duplice senso, sia per l'oggetto mediato, cosa o bene, sia per l'oggetto immediato o comportamento del soggetto passivo.

---

(6) La tesi era già stata sostenuta da CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 620, a proposito del d.l. 1921. V. *retro*, p. 69, nota (31). Sembra delineare la proprietà com. come rapporto obbligatorio, FODALE, *op. cit.*, p. 21. La stessa tesi è affermata, per il diritto belga, da FREDERICQ, *op. cit.*, p. 124.

All'oggetto mediato della locazione, cioè all'immobile, si sostituisce, in questo secondo rapporto, l'avviamento, inteso nel significato saliente, più volte chiarito, di incremento economico apportato al negozio, vero indice comune di tutta la dottrina sulla proprietà commerciale e a prescindere dalle singole affermazioni che, a volta a volta, fanno dell'avviamento un bene giuridico (7), una cosa in senso atecnico (8) o un valore (9).

Per meglio dire, l'avviamento è contrapposto all'immobile in maniera frontale e così irriducibile che nella più parte della dottrina si perde del tutto la dimensione della rendita di posizione, giungendo esplicitamente all'affermazione della dipendenza di questa da quello (10).

All'oggetto immediato della locazione, cioè al comportamento tipico delle parti, si sostituisce l'altro cui è tenuto il proprietario dell'immobile, obbligato verso il commerciante, già inquilino, a non appropriarsi del lavoro altrui, sia pure utilizzandone le ultime risultanze.

Se così è, meglio appare un ulteriore carattere del rapporto in discorso, qualificato dal contenuto negativo. Si tratta, infatti, di una obbligazione di non fare.

È qui il tratto saliente della proprietà commerciale, adombrato nelle formulazioni generiche le quali tutte si sostanziano dell'identica esigenza: il proprietario non deve avvantaggiarsi dell'avviamento immobiliare senza riconoscerne la spettanza all'autore, commettendo in caso contrario abuso del diritto dominicale. In conseguenza, il contegno positivo, d'indole restituto-

---

(7) Polacco, Chiaudano, Fodale, Vivante, De Martini, Murano, negli scritti richiamati.

(8) Greco, *opp. citt.* Per. Marracino, *op. cit.*, trattasi di *res* in senso tecnico. Lo segue, Malvagna, *op. cit.*, p. 7.

(9) Mariani, Finocchiaro, negli scritti richiamati. *Adde* Giordano, *L'avviamento nell'impresa come interesse e come valore*, in *Giurispr. Cass. civ.*, 1947, pp. 109 ss.

(10) Fodale, *op. cit.*, p. 9. Giunge alla affermazione opposta, spec. Fubini, *La proprietà com.*, in *Mon. Trib.*, 1922, p. 36.

ria, cui il proprietario può essere tenuto, rappresenta il momento della reintegrazione, successivo alla violazione dell'obbligo negativo e non è punto il contenuto della prestazione principale.

Siamo, in altri termini, di fronte ad una situazione del genere: il proprietario dell'immobile non deve volgere a suo vantaggio l'avviamento (11). Se ciò sarà, egli non avrà leso il diritto soggettivo del commerciante cui spetta in via originaria l'avviamento, né in conseguenza si sarà reso responsabile, né il commerciante vanterà verso di lui pretesa alcuna. Se, invece, accadrà il contrario, in violazione di quell'obbligo, egli dovrà tenere una condotta positiva tendente appunto a restituire, sia pure per equivalente, ciò che ha sottratto al commerciante e non importa se coscientemente o no.

Nel primo caso, la locazione sarà rinnovata. Allo scopo è preordinata la prelazione che, negli intenti dichiarati della dottrina, conferisce all'interessato una posizione di privilegio rispetto agli altri offerenti (12).

Nel secondo caso si perfeziona la fattispecie obbligatoria (13), perché solo allora sorge necessità di reprimere l'abuso del proprietario.

Ciò detto, si comprende meglio la portata precipua della concezione da cui ha preso l'avvio il nostro discorso. Posto che l'abuso si ritiene immanente nella realtà stessa del rapporto di locazione, ne deriva a corollario il verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi fatta e il proprietario dell'immobile dovrà rinno-

(11) È questo un punto fermo nell'elaborazione della proprietà com., come si è precisato nelle pagine introduttive.

(12) Si veda in proposito, quanto scrive POLACCO, *Relazione*, cit., in CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 248: « Ma il ricorso alla teoria dell'abuso del diritto (...) varrà, se non altro, a giustificare quel diritto di prelazione in favore dell'inquilino di cui diremo in seguito ». Per quanto detto nel testo, non pare corretta l'affermazione secondo la quale, in via generale, « il mezzo più efficace di tutela dell'avviamento è costituito dal diritto di prelazione accordato al conduttore » (TABET, *La tutela dell'avviamento comm.*, cit., p. 157), perchè l'assunto è contraddetto dall'elaborazione della proprietà com.

(13) Tale ci pare la portata specifica del pensiero in argomento.

vare il contratto di locazione o sarà obbligato a corrispondere il compenso, qualora effettivo avviamento abbia arricchito lo stabile.

È questa la concezione più coerente che sintetizza meglio delle altre il movimento di idee e di esperienze a favore della proprietà commerciale.

Presenta, infatti, alcuni innegabili pregi che agevolano la comprensione del problema.

Facendo leva sull'abuso del diritto dominicale, lascia le radici della proprietà commerciale là dove sono nate perché ne fa una questione di equità (14); conseguentemente, rifuggendo da figure legislativamente previste, dichiara apertamente l'insufficienza della disciplina positiva e tratta il problema de *jure condendo*, mettendo così in netto risalto l'esigenza di fondo della proprietà commerciale col dar voce alle richieste di categoria; riferisce alla locazione, in via necessaria ed esclusiva, la questione, determinandone così la portata concreta.

Ma non si deve dimenticare che il cosidetto abuso del proprietario non ha un senso tecnico, specifico (15); e tanto meno è usato secondo l'orientamento di alcune dottrine che hanno trovato credito in quelle più recenti, formatesi in vigenza dell'attuale codificazione (16). Non si tratta di affermare la responsabilità da fatto illecito del locatore; si è visto (17), anzi, che il contegno del proprietario è pienamente valido, ineccepibile, giuridicamente parlando, tanto che la tutela per la proprietà commerciale si pone quando termina la locazione e cioè quando sono soddisfatti gli interessi delle due parti che hanno trovato la loro migliore sistemazione nell'assetto contrattuale.

---

(14) Spec. POLACCO, nelle opere cit. V. *retro*, pp. 26-28.

(15) Si v. ROMANO Salv., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 166 ss.

(16) Vogliamo riferirci alla concezione, già formulata dal SALEILLES e da CHIRONI e ABELLO, per la quale l'abuso consiste nell'eccedere i limiti propri del diritto stesso: al riguardo, ROMANO, loc. cit.

(17) *Retro*, pp. 12 ss.

Meno che mai si riferisce l'abuso all'atto inconsulto del proprietario posto in essere allo scopo di danneggiare il commerciante e senza riceverne vantaggio alcuno (18).

Al contrario, data in principio la regolarità del comportamento del proprietario, e sul presupposto che questi venga ad utilizzare l'avviamento immobiliare, si vuole che dalla legge auspicata scaturisca la protezione dell'interesse del commerciante secondo lo schema del rapporto obbligatorio messo in luce, dove il soggetto passivo è il proprietario tenuto alla duplice prestazione, primaria, di non fare, secondaria e restitutoria (19), di compensare l'avviamento lucrato.

L'abuso è un termine generico, atto solo a fondare sull'equità la tutela, che si richiede perché manca nell'ordinamento positivo.

Ed il termine si presta efficacemente, ci pare, allo scopo.

La conferma delle fonti è, in questo senso, esplicita (20); sicchè non è nel giusto la dottrina contraria quando oppone l'argomento della piena validità di ogni decisione del proprietario al termine della locazione (21); o quando nega la legittimità della categoria giuridica dell'abuso di diritto (22).

Anche qui, ricorre l'imprecisione di metodo, già valutata per l'avviamento, poiché si finisce per utilizzare la terminologia della proprietà commerciale in un significato diverso, compli-

---

(18) Egualmente in questo senso si è parlato di abuso del diritto: v. Romano, *op. loc. cit.* Cfr., per una critica, Coviello N., *Manuale di dir. civ. it.*, Milano, 1929, p. 487, per il quale l'abuso del diritto è « formola nuova e imprecisa di vecchi concetti ».

(19) Insistiamo su questo termine per meglio mettere in rilievo la diversità dell'ipotesi dall'altra del risarcimento, sconosciuta dall'elaborazione della proprietà commerciale.

(20) È da ricordare, al riguardo, l'univoco riferimento delle fonti all'equità.

(21) Cfr. aa. citati alla nota (43) di p. 15.

(22) Nella dottrina contraria alla proprietà commerciale, nega la configurabilità dell'abuso del diritto come categoria, spec. Rotondi, negli scritti citati; e Ascoli, *Sulla tutela della così detta propr. com.*, cit., pp. 424 ss., p. 427.

cando maggiormente la questione senza comprenderla realmente (23).

Riprova quanto esponiamo la denunciata difficoltà di distinguere con esattezza la concezione dell'abuso di diritto (24) dall'altra dell'arricchimento indebito (25), ambedue sostenute in dottrina; e ciò non tanto perchè l'arricchimento ingiustificato, al pari dell'abuso, era discusso nel fondamento di diritto positivo (26), quanto perchè e l'abuso e l'arricchimento si presentano. nel pensiero della dottrina favorevole alla proprietà commerciale, come i due aspetti indissociabili dell'equità. Se l'abuso è, infatti, sconvolgimento dell'ordine sociale, non bisogna dimenticare che se ne reclama l'adeguato rimedio solo in presenza del vantaggio del locatore, conseguente all'avviamento immobiliare. Quello che manca all'abuso, è dato dall'indebito arricchimento che, al pari del primo, non viene in considerazione da solo.

Ciò non toglie, per altro, che gli autori abbiano parlato a volta a volta di abuso del diritto o di arricchimento indebito, assumendo come prevalente il primo profilo o il secondo, legit-

(23) In più luoghi si è rilevato l'errore di prospettiva critica della dottrina avversa alla proprietà commerciale.

(24) Abbiamo già segnalato alla nota (69) di p. 27 la discorde interpretazione di alcuni aa. per riguardo al pensiero del POLACCO; v. per quello del CHIAUDANO, le osservazioni di ASCOLI, *op. cit.*, pp. 427-428. Contrariamente a quanto ci sembra, si attribuisce al CHIAUDANO la tesi dell'arricchimento indebito (PRATIS, *op. cit.*, p. 79 in nota), senza fare, per altro, questione di profili (v. immediatamente più avanti nel testo).

(25) La tesi dell'indebito arricchimento è affermata specialmente da RICCA-BARBERIS (e su di lui, l'osservazione a p. 63; cfr. nota 27), PAGLIARI, MURANO, nelle *opp. citt. Adde*, D'ALFONSO, *In tema di tutela della proprietà com.*, cit., 200. Cfr. ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, Torino, 1928, p. 271 in nota.

(26) L'abuso di diritto è figura ancora oggi controversa, come si sa: cfr. il lavoro del ROMANO, cit. alla nota (15). L'arricchimento indebito è, invece, attualmente riconosciuto agli artt. 2041 e 2042 c.c., di modo che diminuiscono le difficoltà per la dottrina moderna che mostra di far propria la veduta già espressa sotto l'impero del codice abrogato (cfr. MURANO, *op. cit.*, p. 57, p. 233; v. anche il significativo accenno di RIPERT, *op. cit.*, p. 157).

timando in conseguenza la ripartizione, per così dire, delle dottrine sulla proprietà commerciale (27).

Seguendo tale metodo, abbiamo sin qui ragionato e si è assunto come dominante il profilo dell'abuso di diritto per i pregi che a questa concezione sono da riconoscere, come già messo in rilievo, e che non si riscontrano, almeno a nostro avviso, nella tesi dell'arricchimento indebito. Questa, infatti, non ci sembra porre altrettanto efficacemente in rilievo il legame necessario ed esclusivo della proprietà commerciale alla locazione; e, sopratutto, non rende il vero obbligo del proprietario di non lucrare l'avviamento immobiliare, obbligo primario come si è detto, mentre si limita a porre in rilievo il comportamento d'indole restitutoria, e cioè la prestazione cui è tenuto il proprietario del locale in violazione di quell'obbligo.

3. L'indagine precedente ha ignorato di proposito ogni riferimento alle altre tesi espresse dalla dottrina favorevole alla proprietà commerciale, incentrando l'esame sulle due concezioni dell'abuso e dell'indebito arricchimento.

Abbiamo già menzionato i principali motivi che ci inducono a porre in rilievo, sia pure in diverso modo, l'una e l'altra veduta; qui vogliamo confermarli utilizzando gli spunti che sono suggeriti dalla breve disamina attinente alle altre costruzioni proposte.

In uno sguardo di sintesi, queste si presentano egualmente di minor rilievo per il dato che tutte le avvicina, a danno dell'intelligenza del problema.

Ciascuna, infatti, col fare ricorso per analogia alla disciplina positiva espressamente dettata per istituti già riconosciuti nell'ordinamento, nega l'istanza ultima della proprietà com-

(27) Soltanto in questo senso è corretta ed utile la distinzione. Un po' tutte le vedute, infatti, sono scomponibili in profili e spesso non è facile scorgere quello prevalente. L'osservazione vale, dunque, in via generale e non soltanto per la tesi dell'abuso e dell'arricchimento.

merciale, più volte ricordata, che solo nell'apposita tutela *de iure condendo* vuole la soluzione della questione.

Specificamente considerata, ogni tesi presenta, poi, lacune di varia entità, atte di per sé a chiarire sufficientemente perché nessuna concezione, per quanto autorevolmente sostenuta, non ha segnato un punto di riferimento sicuro nella materia (28).

Il ricorso all'illecita concorrenza è la veduta più insufficiente a giustificare la proprietà commerciale (29). Opinione avanzata sotto la vigenza della legislazione abrogata, non ebbe allora seguito e non ha avuto eco nei tempi più vicini, anche a motivo della disciplina attualmente prevista per la repressione della concorrenza sleale.

La considerazione medesima della nostra questione nelle sue linee costitutive, doveva sconsigliare a ricondurre la proprietà commerciale nell'ambito della concorrenza illecita. Il fondamento dell'una escludeva il fondamento dell'altra, poichè la proprietà commerciale prendeva vita dall'efficacia indiscussa e indiscutibile del comportamento del locatore, mentre la concorrenza illecita presupponeva comunque la non conformità del comportamento del concorrente alle regole di diritto. Là dove nella proprietà commerciale la condotta del proprietrario del negozio è l'espressione, perfetta e piena, del diritto dominicale,

---

(28) Sulle tesi qui di seguito ricordate, cfr. la critica della migliore dottrina contraria alla proprietà com.: ASCOLI, *op. cit.*, pp. 420 ss.; ROTONDI, negli scritti citt.; SALANDRA, *op. cit.*; CARNELUTTI, *op. cit.*

(29) Ragguagli in MURANO, *op. cit.*, pp. 59 ss. Risolve la tutela dell'avviamento immobiliare in quella sulla repressione dell'illecita concorrenza, LA LUMIA, *loc. cit.*, dove si legge: « il proprietario, che continui nel locale, o faccia continuare da un successivo conduttore od altrimenti, lo stesso commercio, od un commercio simile, sfruttando il precedente avviamento del medesimo locale, compirebbe un atto di concorrenza « contrario *agli usi onesti del commercio* », e, pertanto, illecito, ai sensi del cit. art. 10-bis convenzione dell'Aja ». L'argomentazione serve all'a. per escludere la configurabilità di « un inesistente diritto di c.d. *proprietà commerciale* » come tutela a sé stante e distinta dalla tutela dell'« avviamento dell'azienda in generale ».

nello schema positivo, nel quale la si vuole costringere, è invece un fatto doloso o colposo ad interessare il legislatore (30).

Esiste, in principio, intrinseca diversità delle due fattispecie, che si escludono a vicenda e ostacolano l'avvicinamento analogico.

Tesi, dunque, sicuramente negativa, dannosa alla corretta impostazione del problema e inutile alla sua soluzione.

Nondimento è comprensibile. Col proporre la considerazione della responsabilità da fatto concorrenziale, richiama le origini della proprietà commerciale e vi rimane ancorata.

In ultimo, non è da sottovalutare lo schema obbligatorio che, secondo il pensiero in argomento, appresta il mezzo adeguato alla tutela del commerciante.

4. La fattispecie obbligatoria, cioè propria dei rapporti obbligatori, può essere presa a nesso di due tesi sostenute che, fra loro, non presentano ulteriori punti di contatto: quella della gestione utile e l'altra dei miglioramenti.

Per la prima, il conduttore uscente, durante l'esercizio del commercio, ha tenuto alti gli interessi del proprietario coll'arricchire lo stabile dell'avviamento, giovando, infine, ad altri oltre che a sé medesimo. Per questo appunto si ritiene possibile l'estensione analogica al caso considerato della disciplina propria alla *negotiorum gestio* (31).

Si ravvisa agevolmente l'inadeguatezza della concezione, che non si presta in nessun modo a rappresentare fedelmente la questione della proprietà commerciale, la quale, come si sa, trova origine e forza nella denunciata contrapposizione degli interessi delle parti, nemmeno per un momento coincidenti o comunque avvicinabili.

Esattamente il contrario di quanto accade nella gestione di affari dove decide l'*animus* del gestore.

(30) Questa tesi, che si rifà alla corrente francese, va considerata in sè e per sè, senza riferimento all'ipotesi legislativa del d.l. 1921.

(31) Ragguagli in, MURANO, *op. cit.*, pp. 57 ss.

Della tesi rimane indicativo, per quanto abbiamo in precedenza esposto, il ricorso al rapporto obbligatorio, che è, a nostro giudizio, pienamente rispondente alla genuina interpretazione della proprietà commerciale.

La seconda teoria che risolve il problema nell'altro dei miglioramenti (32), ha l'innegabile pregio di accogliere fedelmente l'esigenza per cui la proprietà commerciale è stata sentita come questione ristretta alla locazione (33).

Empiricamente, la tesi è comprensibile perchè l'avviamento ben si può dire un miglioramento dell'immobile, nel senso precipuo di valore che si è aggiunto al locale aumentandone la rendita.

Sappiamo già che questa è la nozione corrente dell'avviamento nella dottrina favorevole alla proprietà commerciale e che su di essa si è tentata la costruzione dal nuovo istituto. E certamente, a noi pare, il problema avrebbe potuto avere una soluzione seria e misurata (34), anche sull'esempio di una legislazione straniera (35), se l'inquadramento nella fattispecie dei miglioramenti non fosse impedito dal principio animatore della proprietà commerciale in forza del quale non era pensabile far dipendere la realizzazione del « nuovo diritto » del commerciante dalla volontà del proprietario dell'immobile.

Questo profilo, sopratutto, è determinante ad escludere ogni avvicinamento delle due figure, poichè, contrariamente alla giustificazione ultima dei miglioramenti nella locazione, la proprietà commerciale prescinde, in principio, dall'atteggia-

---

(32) La tesi è principalmente sostenuta da MARRACINO, DE MARTINI, PRATIS, *opp. citt.* *Adde* GIORDANO, *Il diritto di avviamento*, in *Dir. fall.*, 1948, I, pp. 55 ss. Per l'ipotesi particolare dell'addizione, v. LEONE, *L'avviamento d'azienda dev'essere tutelato di fronte al locatore?*, in *Studium*, 1948, pp. 141-149. (cfr. anche Cass. 28 giugno 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 658).

(33) Cfr., al riguardo, le osservazioni alle pagine 20 ss.

(34) È l'opinione di CARNELUTTI (*retro*, p. 24 nota 62), che ci pare pregnante di significato. Come ricordiamo nel testo, la tesi delle migliorie o dei miglioramenti ci sembra la più coerente, anche se praticamente non rispondente all'esigenza di fondo della proprietà com.

(35) Trattasi della legislazione inglese, già ricordata (*retro*, pp. 58 ss.).

mento conoscitivo e volitivo dei due termini soggettivi del rapporto, di cui si auspica il riconoscimento nell'ordinamento giuridico.

Il conduttore non vuole lasciare alcunché al proprietario del locale — e, nella normalità dei casi, secondo il pensiero della dottrina favorevole, non sa di apportare giovamento all'immobile altrui durante l'esercizio del commercio e cioè quando sta compiendo l'atto di migliorare il negozio. Di ciò egli si renderà pienamente conto al termine della locazione perché allora, senza averlo voluto, si vedrà sfuggire parte del frutto del proprio lavoro, che nel suo giudizio non si è mai rivolto a vantaggio del negozio né deve, ora, al termine della locazione, aumentare la quotazione della cosa in proprietà di altri.

Il locatore, d'altronde, altro non fa che esercitare le facoltà che gli competono quale titolare del diritto reale di proprietà, giudicando sul da fare al termine della locazione, senza voler trattenere alcunché di spettanza del conduttore e tanto meno nell'intento di danneggiarlo anche se poi utilizza a proprio beneficio l'avviamento immobiliare, nel caso effettivamente sussista. Conseguenza ineliminabile, come si sa, e pienamente giustificata dalla « natura stessa del rapporto di locazione », nella quale appunto è « insito » il problema della proprietà commerciale.

La categoria giuridica dei miglioramenti è estranea, per l'aspetto esaminato, al fondamento della reclamata tutela dell'inquilino commerciante; e la conclusione negativa ci sembra in rilievo nella dottrina più recente, favorevole alla proprietà commerciale, formatasi dopo l'avvento delle disposizioni vigenti in tema di miglioramenti nella locazione (36).

---

(36) Spec. De Martini, *op. cit.*, pp. 139 ss., il quale, pur seguendo la tesi dei miglioramenti, precisa che la disciplina vigente sulla locazione è insufficiente a tutelare quel particolare miglioramento, oggettivo, inerente all'immobile come tale e che si possa « estendere ad un'altra azienda, diversa nel genere o nella specie da quella che vi alloggiava prima ».

Cfr. Tarin, *op. cit.*, che segue De Martini. V. Pratis, *op. cit.*, pp. 118 ss.,

Ai nostri fini, vale rilevare che, come nelle tesi precedentemente valutate, anche in questa si prospetta la proprietà commerciale al suo giusto posto nella matrice dei rapporti obbligatori, utilizzando lo schema della contrapposizione del credito di un soggetto al debito dell'altro. Ma non è dato dire di più, posta la sostanziale insufficienza della veduta a contribuire all'impostazione ed alla soluzione del problema.

5. L'elaborazione della proprietà commerciale registra, com'è noto, tre altri tentativi di sistemazione, inconciliabili con le teorie esaminate.

Abbandonando l'inserimento della questione negli schemi del rapporto obbligatorio, il pensiero che vuol dare al nostro tema il volto dell'accessione (37), dell'enfiteusi (38) o della proprietà (39) lo trasforma radicalmente, riflettendo, sopratutto, la tendenza, avvertibile nella materia come già si è detto, a prospettare soluzioni sostanzialmente affidate all'intuizione degli autori ma mancanti di effettiva rispondenza al reale porsi della proprietà commerciale. Nonostante, infatti, la terminologia imperfetta e al di là della polemica, artigiani e commercianti, non rivendicano un diritto reale sull'immobile (40), fondato sull'avviamento. Da noi, contrariamente che all'estero, il movimento d'iniziative e d'idee a favore della tutela invocata, s'incentra sul diritto soggettivo al compenso per lucrato avviamento,

---

per il quale la disciplina vigente in tema di miglioramenti nella locazione è, infine, insufficiente alla tutela piena del commerciante.

(37) Al riguardo, De Martini, *op. cit.*, p. 137.

(38) Bruschettini, *La tutela della locazione com.*, in *Dir. e Prat. comm.*, 1929, I, pp. 61 ss., p. 63.

(39) Vivante, Marracino, Greco, nelle *opp. citt.*

(40) Anche oggi vale, in sostanza, l'affermazione dello Sraffa (*retro*, p. 61) a proposito della concezione assolutistica del diritto reale di proprietà, che costituisce l'ostacolo insormontabile all'accoglimento di una tale pretesa (cfr. le puntuali osservazioni di De Martini, *op. cit.*, p. 136). D'altronde, come ripetiamo nel testo, altra è l'attesa dei commercianti (in proposito, ora, espressamente, *Atti del convegno per la tutela dell'avviam. com.*, a cura della Confederazione gen. del commercio, cit., pp. 7-8).

trovando l'eco nell'elaborazione della dottrina e nella stesura di progetti di legge nessuno dei quali è mai arrivato a buon fine. La frequente asserzione secondo la quale l'avviamento spetta all'autore, siccome opera di lui, tende ad indicare, come già si è ricordato, la dannosa condizione del conduttore al termine della locazione, quando cioè il risultato del suo lavoro viene ad essere utilizzato dal locatore; ma non vuole significare di più. Meno che mai il diritto reale dell'inquilino sull'avviamento, perchè sentito non come cosa, ma come realtà economica di natura necessariamente composita e dagli incerti confini, in contrasto irriducibile con l'immobile, che rimane il vero oggetto del diritto di proprietà del locatore, e al quale non si contrappone alcun diritto reale del conduttore (41).

Oltre la critica di principio che si appunta contro le tesi qui richiamate, per il motivo dell'estensione analogica della disciplina già prevista nell'ordinamento, è corretto affermare che il pensiero in argomento giunge ad un eccesso di tutela dell'inquilino commerciante, oltrepassando i limiti propri della proprietà commerciale.

Il ricorso all'enfiteusi involge, infatti, il diritto reale sull'immobile e ne prepara il passaggio in proprietà del conduttore, sfigurando così i termini della questione. A ben vedere, l'auspicato godimento del fondo, che si vuole perpetuo solo nel senso ideale e traslato, come precisa il più combattivo dei sostenitori della proprietà commerciale (42), diventa, per la tesi in esame, tale in senso effettivo e reale.

Il ricorso alla proprietà, come diritto reale sull'avviamento, involge la tutela in sé e per sé, piena cioè ed assoluta, senza limitazioni di sorta: e, quindi, anche oltre l'ipotesi tipica della proprietà commerciale che postula il perdurare della destinazione dell'immobile a sede di commercio.

---

(41) *Atti del convegno per la tutela dell'avviam. com.*, *loc. cit.*

(42) Cfr., infatti, CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 66.

Tale necessaria conseguenza non ci sembra, però, nemmeno accolta dal più autorevole sostenitore della tesi, secondo il quale, risolto l'avviamento in una *res*, se ne deve accordare la tutela all'autore coll'imporre un'indennità al « proprietario che rinnovando il contratto di affitto con un altro conduttore ne ritrae un beneficio mediante un aumento di fitto » (43). Affermazione, ci sembra, in contrasto con la premessa la quale non conduce alla conseguenza adeguata, poiché l'avviamento si vuole tutelato solo nel caso del perdurare della destinazione a sede di commercio impressa all'immobile (44) e non invece in sé e per sé (45).

L'altra ipotesi che avvicina la proprietà commerciale alla accessione, si palesa di ancor più modesta portata per la soluzione del nostro problema. Lo annulla, anzi, del tutto nell'arbitrio del proprietario dell'immobile, che può o no, insindacabilmente a suo giudizio, trattenere l'avviamento acceduto al negozio, venendo a creare col suo contegno una siffatta situazione: nel caso egli decida di trattenere l'addizione, risponderà al commerciante a termini di legge; altrimenti, questi dovrà riprendersi il suo senza pretendere niente.

Così posta, la teoria in discorso mostra chiaramente l'inidoneità intrinseca ad apportare un qualsiasi contributo alla questione della proprietà commerciale, sopratutto perché disconosce il dato certo su cui si veniva edificando la nuova tutela, consistente, da un lato, nell'impedire al proprietario dell'immobile l'ingiustizia di non riconoscere l'avviamento per non indennizzarlo; dall'altro nel garantire al commerciante la spettanza del frutto ultimo del proprio lavoro, uscito, definitivamente e senza possibilità di recupero, dalla sua sfera di disposizione.

---

(43) VIVANTE, *La clientela comm.*, cit., p. 506.

(44) Cfr. *retro*, pp. 31 ss.

(45) Cfr., al riguardo, l'acuta indagine di AULETTA, voce *Clientela*, cit., pp. 208-209.

Esattamente il contrario, dunque, di quanto prospettava la dottrina che auspicava l'estensione analogica della disciplina prevista per l'accessione (46).

6. La giurisprudenza non ha avuto modo di occuparsi granché della proprietà commerciale; segno sicuro questo, a nostro giudizio almeno, che la questione non è apparsa, per lo più, prospettabile alla stregua del diritto vigente.

Le decisioni appartengono quasi tutte al tempo di maggior fioritura degli studi intorno alla proprietà commerciale, per ragioni del resto comprensibili (47). Infatti, le vedute espresse in dottrina, sia favorevole sia contraria, sono a volta a volta accolte dai giudici ora per affermare (48) ora per negare (49) la tutela del commerciante; sicché si può dire che l'elaborazione della proprietà commerciale non ha conosciuto l'apporto della giurisprudenza.

Ai nostri fini ed in armonia al metodo d'indagine prescelto, è sufficiente qui rilevare che, quando si è deciso a favore dell'inquilino commerciante, si è ragionato sulla base di argomentazioni di carattere equitativo (50), dando modo, specialmente al giudice del diritto (51), di negare il riconoscimento della pro-

---

(46) La tesi dell'accessione è comunque rimasta isolata e si presenta di importanza minore rispetto alle altre esaminate.

(47) Le più notevoli decisioni sono infatti: App. Firenze, 16 marzo 1929, in *Foro it.*, 1929, I, 629; App. Torino, 23 maggio 1929 e 3 luglio 1929, in *Foro it.*, 1930, I, 262; App. Bologna, 20 aprile 1931, in *Temi Emiliana*, 1932, I, 369.

(48) V. le decisioni richiamate alla nota precedente.

(49) Oltre le decisioni richiamate alla nota (51), App. Firenze, 13 febbraio 1932, in *Monitore dei trib.*, 1932, p. 700; App. Bologna, 8 giugno 1934, in *Temi Emiliana*, 1934, p. 236; App. Bari, 26 febbraio 1934, in *Corte Bari*, 1934, I, 160; App. Milano, 29 gennaio 1939, in *Foro lomb.*, 1939, 15.

(50) Cfr. App. Torino, nelle due sentenze citt. In argomento, v. MURANO, *op. cit.*, pp. 64 ss.

(51) La Cassazione, infatti si pronunciò decisamente contraria all'argomentazione proposta dai giudici di merito: Cass. 28 giugno 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 654 e in *Annuario dir. comp.*, 1933, II, p. 203; Cass. 19 febbraio 1931, in *Mass. Giur. it.*, 1931, 132; Cass., 23 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1932, I,

prietà commerciale nell'ordinamento vigente e di escludere in conseguenza la configurabilità della pretesa del conduttore (52).

1, 1217; Cass. 29 maggio 1940, *ivi*, 1940, I, 1, 763. V., però, Cass. 9 maggio 1934, in *Temi lomb.*, 1934, 881. Ragguagli in SALANDRA, *op. cit.*, pp. 203 ss.; in JEMOLO, *op. cit.*, pp. 53-54; in MUTTARELLI, *op. cit.*, pp. 121-123.

(52) Al riguardo, è meritatamente ricordata la decisione del Trib. di Roma 3 maggio 1948, in *Foro it.*, 1949, I, 195 ss., che esclude *de iure condito* il riconoscimento della proprietà com., pur rilevando l'opportunità *de iure condendo* di una disciplina adeguata.

CAPITOLO V

LIMITI DI RILEVANZA DELLA «PROPRIETA' COMMERCIALE» NEL DIRITTO POSITIVO VIGENTE

SOMMARIO: 1. Esclusione della configurazione positiva della proprietà commerciale Interpretazione della recente normativa in tema di locazioni a commercianti e artigiani (legge 27 gennaio 1963, n. 19), alla luce dell'elaborazione storica della proprietà commerciale. Critica di una dottrina. — 2. (segue) Novità della disposizione vigente: individuazione della tutela riferita all'azienda ed indirettamente all'imprenditore. Rinvio. — 3. Superamento della proprietà commerciale nella problematica oggettiva dell'azienda. Cenni introduttivi. Limiti della proprietà commerciale. Disamina. — 4. Riflessioni conclusive.

1. Parlando dei precedenti legislativi e, propriamente, del decreto l. 3 aprile 1921 (1), si è affermato, in via di anticipo, il mancato accoglimento nel nostro ordinamento della proprietà commerciale. Infatti, dopo l'abrogazione di quelle norme ormai lontane, i successivi tentativi a favore non hanno avuto buon esito.

Il legislatore del 1942 ha ignorato del tutto il problema, pur innovando nella disciplina della locazione. Nessuna traccia esiste, in quel settore specifico, del riconoscimento della proprietà commerciale; e nemmeno oggi, dopo l'avvento delle recenti disposizioni in tema di locazione a commercianti e artigiani, il principio risulta accolto.

Alludiamo alla legge 27 gennaio 1963, n. 19, sulla «tutela giuridica dell'avviamento commerciale», della quale ci siamo altrove occupati (2). Nonostante gli sforzi dialettici e la presa

(1) *Retro*, cap. III, al n. 2.

(2) COVIELLO, *La «tutela giuridica dell'avviamento com.»: questioni sulla*

di posizione nella relazione (3), la nuova legge si muove su direttive del tutto particolari e dimentica completamente l'elaborazione precedente (4), relegando la proprietà commerciale fre le questioni di carattere storico che, se si vuole, hanno contribuito all'emanazione mediatamente e in unione alle necessità contingenti. Lungi dall'essere il criterio ispiratore, sostanziatore della disciplina, la proprietà commerciale si presenta, invece, di rilevanza solo empirica, al pari di un dato sociale di minore importanza. Lo fanno pensare diverse considerazioni, che ci paiono degne di attenzione.

Innanzitutto, la legge concreta una fattispecie differente da quella precedentemente considerata: all'avviamento lucrato si sostituisce, nella recente normativa, l'avviamento perduto.

Fin dalle prime riflessioni di questo studio, è emersa la circostanza inequivocabile, posta a sostrato dell'esigenza di tutela del commerciante, per la quale l'avviamento procurato al negozio doveva essere sottratto all'autore per essere utilizzato dal proprietario dell'immobile o, in subordine, dal conduttore subentrante.

Doveva verificarsi, cioè, uno scambio di situazione vantaggiosa che, pur causata dal lavoro del commerciante, andava ad aumentare il valore redditizio del locale a beneficio altrui. Su questo fondamento si prospettava la difesa del locatario, che — si diceva — non era giusto lavorasse per altri. E questa era anche la giustificazione del compenso per l'avviamento immobiliare di cui doveva essere onerato chi ne beneficiava e, quindi, il proprietario o il conduttore subentrante.

---

legge 27 gennaio 1963, n. 19, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 652 ss.; cfr., anche n., *Interpretazioni*, cit., ove ragguagli di giurisprudenza.

(3) In *Le leggi*, 1962, app. 6, pp. 277 ss.

(4) Anche immediatamente precedente: Proposta Riccio, 1 agosto 1958, in *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Documenti - Leg. III*, al n. 198, che limita l'indennizzo al solo caso in cui il proprietario (o il nuovo conduttore) eserciti lo stesso commercio. La proposta è stata più volte richiamata, *retro*, pp. 71 ss., in nota.

Analoga giustificazione è inammissibile per la recente normativa, che prescinde dal lucrato avviamento e conferisce il diritto soggettivo al compenso esclusivamente sul fatto oggettivo della perdita dell'avviamento. La diversa interpretazione terrebbe conto dei motivi emersi nei lavori preparatori (5) ma sarebbe sicuramente contraria alla lettera e allo spirito della disposizione (art. 4 l.c.), che non permette forzature di sorta. Servirebbe, semmai, a disorientare l'indagine e a mortificarla, riproponendo lo schema della proprietà commerciale, mentre la legge in discorso mostra di liberarsene per proporre la tutela dell'azienda sotto diverso profilo, sia pure non in generale ma solo in casi ben determinati e tassativi (6).

L'avviso contrario è stato espresso specialmente da una dottrina (7) nella convinzione che la nuova disciplina segna il punto di arrivo dell'elaborazione sulla proprietà commerciale. Il legislatore, si dice, ha voluto evitare « che il capriccio o l'interesse del locatore ad un maggior canone privi, da un momento all'altro, il conduttore commerciante » dell'avviamento (8).

Nella materia non si possono dimenticare « i principî di una pluridecennale elaborazione scientifica » (9) che, a giudizio di questa dottrina, conducono senza esitazioni ad affermare come nella legge attuale si ripete la fattispecie prospettata dai cultori della proprietà commerciale. Anzi, si va oltre; e operando quanto meno un'inversione di metodo, si asserisce che l'interprete è vincolato alla « nozione tecnica e tradizionale di "utili-

---

(5) Li segue, spec., VITTONE, *Osservazioni sul compenso per la perdita di avviamento commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, p. 54 ss.

(6) Cfr. art. 1 l. cit. per il quale la legge si applica solo « ai contratti di locazione di immobili adibiti all'esercizio di un'attività commerciale od artigiana, che abbia rapporti diretti col pubblico degli utenti o dei consumatori ».

(7) VITTONE, *op. cit.*, p. 55.

(8) Identificato con la clientela: VITTONE, *ivi*. La clientela è per l'a. « oggetto di una vera proprietà commerciale ». Vieta confusione di concetti. È anche da dire che la dottrina in genere scambia di frequente l'avviamento con la clientela: v. più avanti, p. 131 nota (31).

(9) VITTONE, *op. cit.*, p. 58.

tà derivante dall'avviamento" sino a tanto che non ne avrà dimostrata l'incompatibilità col tenore del dettato legislativo » (10).

Quindi, esiste il peso della tradizione, grovoso per lo studioso; ed esso è sufficiente (11) per presumere il senso della disposizione fino a prova contraria.

Tale impostazione conduce, però, a conseguenze inaccettabili.

A parte la fragilità della costruzione alla luce dei più elementari criteri ermeneutici, non è impossibile, come invece sembra ritenere la dottrina in discussione, accennare all'infondatezza della veduta, senza ripetere qui quanto già abbiamo scritto altrove.

Vale, innanzi tutto, ricercare se effettivamente nella disposizione legislativa sia almeno uno spunto a favore dell'opinione criticata.

Contrariamente alle apparenze, nemmeno questo esiste, ragionevolmente, nella norma. La lettura attenta dell'art. 4 l.c. basta a convincerne.

Nella parte che interessa, ivi si concede al conduttore uscente il diritto al compenso « per la perdita di avviamento che l'azienda subisca in conseguenza di tale cessazione (*scilicet*: della locazione) nella misura dell'utilità che ne può derivare al locatore, e comunque nel limite massimo di trenta mensilità del canone » da stabilirsi secondo il criterio posto dalla legge stessa.

Due distinzioni si possono fare. 1) La perdita dell'avviamento aziendale, in conseguenza della cessazione della locazione, fonda il diritto dell'imprenditore (12) al compenso. 2) Il compenso è dovuto nella misura dell'utilità (del locatore) che si può riscontrare nel caso concreto, senza un limite prestabilito; o, nel caso che nessuna utilità vi sia, nella misura che il giudice,

---

(10) VITTONE, *op. cit.*, p. 60.

(11) VITTONE, *ivi*, p. 64. Il criterio della sufficienza diventa canone ermeneutico indiscusso per l'interpretazione della legge secondo l'a.

(12) Ma non di tutti gli imprenditori: v. art. 1 l. cit.

a sua discrezione, indicherà secondo le modalità previste, onerando il locatore di un compenso che può oscillare nell'ammontare da un minimo senza limite ad un massimo stabilito ed inderogabile.

Il punto nevralgico nell'interpretazione della disposizione citata è la particella « ne » che, secondo il pensiero richiamato, viene adoperata dal legislatore per indicare il nesso di causalità tra l'avviamento e l'incremento di valore dell'immobile. Ma questa particella, croce e delizia di quanti in dottrina e in giurisprudenza si sono interessati alla nuova legge, è di per sè neutra, poiché in astratto, si può riferire sia all'avviamento, sia alla cessazione del rapporto. Intesa, però, nel contesto dell'articolo, si riferisce alla cessazione del rapporto di locazione e non all'avviamento. Infatti, è certo che l'utilità del locatore è solo eventuale, può o non può sussistere; mentre il diritto al compenso spetta « in ogni caso » (13), e cioè sempre e comunque, fuori delle ipotesi specificamente indicate, ogni qualvolta si verifichi perdita di avviamento. In altre parole, la legge dispone in modo cogente che debbasi corrispondere il compenso al locatore, solo che questi dimostri la perdita di avviamento della propria azienda a seguito del termine della locazione. Per conseguenza, la disposizione non rimarrà disattesa nel caso in cui il locatore non tragga utilità effettiva dall'avviamento perduto (dall'azienda del conduttore).

Il rilievo, determinante come si vede, non può sfuggire all'interprete attento che si accosti alla norma senza pregiudizi di sorta (14). La fattispecie legislativa non suscita dubbio al riguardo: a causa della perdita di avviamento (che l'azienda subisca al termine della locazione) sorge il diritto al compenso,

---

(13) Art. 4 in princ., l. cit. Per VITTONE, *op. cit.*, p. 63 nota 23, l'art. baderebbe ad introdurre « il c.d. massimale dell'indennizzo », Ma quando manca l'utilità del locatore come si dà il compenso « in ogni caso »?

(14) Cfr. Tribunale di Bari, 16 aprile 1964, già cit. *retro*, p. 78.

determinabile secondo l'utilità che deriva al locatore (15) dalla cessazione della locazione o, in mancanza, secondo il criterio delle mensilità del canone di affitto (16).

La veduta contraria che fa perno, come si è detto, sull'utilità che può derivare al locatore dall'avviamento aziendale perduto, cela un duplice errore: compromette il rigore della disposizione poiché ai casi previsti di esclusione (risoluzione per inadempienza, esercizio della prelazione, rinuncia alla rinnovazione del contratto) aggiunge l'altro del mancato vantaggio del locatore; e finisce per confondere i due momenti della teoresi normativa, il compenso e la sua misura, ben in rilievo nella disposizione che ci occupa (17).

La tesi, già per questo riguardo inaccettabile, non è altresì di ausilio ad intendere la ragione ultima del compenso, così come si deriva dalla coordinazione delle altre figure (prelazione, opzione, rinuncia dell'imprenditore alla rinnovazione del contratto), sanzionate dalla legge medesima, inserentisi nel sistema oggettivo della tutela dell'azienda, come meglio ci proponiamo di mostrare al luogo opportuno.

Concludendo, si può correttamente affermare che all'avviamento lucrato della proprietà commerciale la nuova legge sostituisce l'avviamento perduto dall'azienda del conduttore.

2. Procedendo nell'indagine, non deve sfuggire che la fattispecie normativa esclude anche un altro elemento ritenuto indispensabile al porsi della proprietà commerciale. Si è visto che in quella l'immobile, già sede di commercio, doveva continuare a mantenere la destinazione, per modo che, mentre non si ammetteva tutela di avviamento nel caso che il proprietario locasse ad un inquilino non commerciante, si affermava la

---

(15) Aumento di fitto, ottenuto o anche prevedibile, secondo il mercato; ecc.

(16) Che, poi, in pratica, potrebbe essere conteggiato assegnando al conduttore una mensilità in ragione di ogni anno di locazione.

(17) Infatti, Vittone, p. 64.

necessità di qualificare ancor più, in senso ristretto e specifico, la locazione a commercianti.

Tale esigenza non è accolta dalle vigenti disposizioni che espressamente sanciscono nella dimostrata diminuzione dell'avviamento l'unico indefettibile presupposto del compenso, facendo obbligo al proprietario di corrisponderlo in ogni caso di cessazione del rapporto, senza consentire in nessun modo l'arbitraria restrizione della tutela all'ipotesi propria della proprietà commerciale (18).

Chi pensa il contrario, non può sottrarsi al rilievo per il quale tale limite qualitativo alla tutela dell'avviamento non è posto esplicitamente dal legislatore, tuttavia si deve ritenere operante considerando che l'affermazione di questo limite « è inequivocabilmente *espressa* (nell'enunciazione « utilità che ne può derivare » dell'articolo 4): *Tantum suffcit* all'interprete » (19).

L'evidente apriorismo basta da solo a denunciare l'erroneità della tesi.

Esiste, invece, nella legge una limitazione differente, di carattere quantitativo, perchè essa è solo applicabile a vantaggio del commerciante e dell'artigiano che abbiano « rapporti diretti col pubblico degli utenti o dei consumatori » (20); dizione tanto vaga ed imprecisa quanto, ad ogni modo, vincolante per l'interprete, che non può servirsi dell'analogia (21).

Manca, ancora, nella legge uno spunto qualsiasi a favore del nucleo centrale della proprietà commerciale: l'avviamento commerciale immobiliare nella sua più saliente qualificazione di arricchimento del valore redditizio del negozio concesso in locazione.

---

(18) VITTONE, *ivi*, pp. 59-60, 63-64.

(19) VITTONE, *ivi*, p. 64.

(20) Art. 1 già cit. Per questo aspetto, si può dire che la nuova legge riproduce le istanze della proprietà com., specialmente delle origini. V. *retro*, p. 40.

(21) TABET, *op. cit.*, pp. 104 ss., p. 110.

Di ciò non dubitiamo per le considerazioni già prima esposte circa l'inesistenza del nesso causale tra compenso per l'avviamento e vantaggio del locatore; e per l'impostazione che riteniamo corretto dare all'intero problema. Ma, anche a prescindere dai rilievi svolti, ci pare che la fattispecie normativa superi il dato concreto dell'arricchimento dell'immobile, che non viene nemmeno indirettamente in considerazione. L'ipotesi legislativa è di per sé completa e non si presta ad essere integrata da aggiunte arbitrarie, a discrezione dell'interprete. La diminuzione dell'avviamento aziendale che si verifichi al termine della locazione, è elemento necessario e sufficiente a concretare il diritto al compenso, né si può condividere la veduta contraria di chi, senza una precisa ragione, indica nell'arricchimento dell'immobile l'ulteriore requisito della tutela (22). Esiste, nella vigente disposizione, il rovesciamento della logica di base della proprietà commerciale perché il diritto dell'imprenditore emerge da ciò che egli perde e non da ciò che il locatore acquista. Il vantaggio di questi viene eventualmente in rilievo al solo scopo di determinare l'ammontare contabile dell'indennizzo. Riprova l'osservazione il riconoscimento all'imprenditore del diritto potestativo di scelta consentitagli tra indennizzo e richiesta di proroga della locazione, detta impropriamente opzione (art. 4 l.c. comma 3).

La novità della disposizione aiuta, in effetti, a comprendere l'insussistena dell'opinione criticata, giacché al termine dei due anni di proroga l'imprenditore non sarà compensato, né in un modo né nell'altro, per la perdita di avviamento che l'azienda realmente subisca, nonostante il locatore possa sentire proprio allo scadere della proroga un vantaggio elevato ed anche maggiore che al termine del contratto non prorogato. Si capisce meglio allora che l'imprenditore è compensato per ciò che perde

(22) E l'opinione sostenuta acriticamente dagli aa. interessatisi, ad oggi, all'interpretazione della legge cit. Vedili richiamati nei nostri studi, *La « tutela giuridica dell'avviamento com. »*, e, *Interpretazioni*, già citati. *Adde*, Bosisio, *Il valore di avviamento*, Milano, 1964, pp. 95 ss.

e non per ciò che altri a suo danno acquista, giacché se così non fosse, nel caso fatto dell'opzione verrebbe a mancare la tutela senza sufficiente ragione. Si ricordi, in proposito, che la proprietà commerciale esigeva la tutela del commerciante ogni qualvolta l'avviamento immobiliare era lucrato o dal proprietario o dal nuovo inquilino commerciante. L'opzione, invece, pone bene in risalto l'esigenza di tutela dell'imprenditore il quale può rimediare alla perdita di avviamento col trattenere l'immobile, elemento inscindibile dell'azienda, ancora per un certo tempo durante il quale si pensa ragionevolmente ch'egli possa provvedere a cercarne un altro che, come il primo, serva all'azienda o anche meglio.

La logica instrinseca di questa figura è nel senso dell'ininfluenza del vantaggio arrecato all'immobile e lucrato dal locatore; ciò che vale è, invece, eliminare la perdita dell'avviamento per non diminuire l'efficienza dell'azienda, indipendentemente da ogni considerazione sull'aumentato valore redditizio dell'immobile che esula dalla previsione positiva. Si ritorna, così, a ribadire l'affermazione già fatta circa la novità della normativa recente che sostituisce all'avviamento lucrato, caratteristico della proprietà commerciale, l'avviamento solo perduto dall'azienda del conduttore, muovendosi in tutt'altra direttiva di pensiero.

Dopo i primi dubbi, questa tesi è affermata da una giurisprudenza di merito che, con vigorosa motivazione, non esita a riconoscere la novità della legge e l'essenziale innovazione che essa introduce nello schema normativo della locazione (23).

Daremo conto della nostra interpretazione nella parte propriamente ricostruttiva dello studio, limitandoci per ora a far rilevare che la proprietà commerciale è attualmente sconosciuta nel sistema positivo.

I cenni esposti ci sembrano sufficienti ad orientare sull'argomento e a giustificare la nostra conclusione negativa.

---

(23) Tribunale Bari, cit.

Rimane un ultimo aspetto da considerare, questa volta prendendo per buono il punto di vista della dottrina contraria alla proprietà commerciale.

Abbiamo altrove accennato alla questione che richiamiamo qui brevemente nel desiderio di completare maggiormente l'indagine, onde trarre le conclusioni senza doverci rimproverare di eccessiva trascuratezza.

Nelle ultime righe del capitolo introduttivo, si è esaminato il pensiero di chi, in una formula di sintesi, risolve la proprietà commerciale nel diritto sull'avviamento; si è anche ricordato che non si allontana troppo da questa concezione chi definisce la proprietà commerciale diritto d'insistenza di carattere reale, a favore del locatario imprenditore sulla cosa locatagli. Si è detto che ambedue le vedute non esprimono fedelmente la questione della proprietà commerciale.

Ma poiché specie la prima formula è stata accolta nella dottrina per ora formatasi sulla nuova legge, occorre ricordare che, anche ad ammetterne la bontà, non è nemmeno vera per la normativa vigente. Secondo l'art. 4 l.c., l'avviamento aziendale non è l'oggetto immediato della tutela ivi concessa, bensì il presupposto qualificato e nemmeno in sé e per sé, ma solo in un suo aspetto particolare, qual'è la diminuzione dell'efficienza aziendale. È, se si vuole, oggetto di tutela solo mediato, poiché la disciplina legislativa vi si riferisce indirettamente per porre la fattispecie danno-diritto soggettivo al compenso (24). La tutela specifica è del danno e non dell'avviamento, che, dunque, non si costituisce ad oggetto della proprietà commerciale. Dire che la proprietà commerciale è il diritto sull'avviamento, significa affermare che oggi non esiste la proprietà commerciale, per la mancanza dell'oggetto specifico, indicato nell'avviamento.

La proprietà commerciale rimane un puro suono nell'ordinamento vigente.

---

(24) N., *La « tutela giuridica dell'avviamento com. »*, cit., p. 673 ss.

3. Oltre quella esaminata, non ci sono altre norme che suggeriscono all'interprete spunti in favore della proprietà commerciale e, per questo riguardo, si deve, anche oggi, affermare che la legislazione italiana non ha disciplinato la materia.

Riservandoci per il momento di chiarire ai luoghi opportuni quanto veniamo dicendo, preme qui anticipare alcune considerazioni sulla configurabilità *de iure condendo* della tutela dell'avviamento, abbandonando gli schemi della proprietà commerciale. La breve indagine sarà d'ausilio per meglio porre in rilievo i limiti della proprietà commerciale.

Questa, come è stata da noi delineata alla luce dell'indagine fin qui condotta, esprime una questione concreta che oggi si presenta d'interesse storico, da ritenersi superata nei criteri animatori a motivo della diversa impostazione da dare al problema, che ne risulta sostanzialmente mutato e diventa diverso. Per varie considerazioni che esporremo in proseguo (25), riteniamo che la proprietà commerciale debba cedere il posto alla tutela dell'avviamento aziendale, argomento specifico e di portata più generale, distinto dall'avviamento della proprietà commerciale, a parte l'apparente richiamo terminologico che non deve trarre in inganno (26). L'avviamento costituisce un punto obbligato della meditazione sull'azienda e va considerato nella problematica di questo tipico organismo produttivo, la cui funzione, come scopo legislativamente sanzionato, consiste nell'immissione di prodotti sul mercato, termine ultimo del ciclo vitale e giustificazione della disciplina giuridica.

Visto dall'interno, questo complesso organico risulta formato da cose e beni, che in tanto conseguono maggior valore in quanto sono riguardati sotto il profilo dell'unione, anziché essere isolatamente considerati, per ciò che rappresentano in sé e per sé, come cose o beni, oggetti di diritto. I singoli elementi si

(25) V. capp. VI e VII.

(26) Di quest'ultimo, abbiamo fin qui parlato. Cfr. quanto si è detto alla pp. 72 ss.

trovano fra loro in rapporto di reciproca idoneità e sono complementari, poiché sono stati raccolti e messi insieme in vista dello scopo cui servono. O, come si dice con terminologia mutuata dalla realtà legislativa (art. 816 c.c.), sono stati destinati unitariamente dal disponente e vincolati allo scopo.

Spetta poi all'imprenditore sperimentare, sul piano pratico, l'effettiva funzionalità di ogni elemento che, nella combinazione con gli altri, contribuisce all'efficienza del complesso. L'idoneità astratta è resa concreta dall'esercizio dell'impresa per il quale l'imprenditore continuamente, senza, diremmo, intervalli logici prima che temporali, provvede alla sostituzione delle componenti che l'uso o la concorrenza fa logori o superati, reintegrando l'azienda per mantenerne e migliorarne il grado di produttività. Massimamente in questo sforzo si realizza l'opera dell'imprenditore, tanto più efficace quanto più volta a realizzare la maggiore idoneità dei singoli elementi a completarsi vicendevolmente e a dare fisionomia unitaria al tutto. L'azienda assorbe l'iniziativa del titolare e la oggettivizza nel senso più realistico del termine, sicché è fuor di luogo ricercarne gli aspetti che rimangono imputabili all'autore e distinguerli dagli altri che attengono immediatamente all'azienda, orientando la ricerca sulle qualità personali dell'imprenditore e sull'organizzazione.

In realtà, le prime determinano la seconda ed ambedue vivificano l'azienda, rimanendo in questa trasformate nella capacità funzionale ed unitaria emergente nell'avviamento che, specificamente, ne costituisce la misura. Nella sua genesi, l'avviamento prende consistenza dall'effettiva interdipendenza dei fattori aziendali, oggettivamente valutabile, e si pone a misura della efficienza funzionale del complesso; è, come tale, proprio ed esclusivo dell'azienda gestita e non sussiste per l'azienda destinata.

L'opera dell'imprenditore trova nell'avviamento punto di approdo. Ma ben si vede in che senso: il genio personale, le

qualità e l'opera organizzativa dell'imprenditore assumono il ruolo di precedente e di presupposto rispetto all'azienda come posta dalla sistematica legislativa, che la regola in sé e per sé quale oggetto di rapporti giuridici. Parimenti l'avviamento, siccome valore dell'azienda ed indice dell'efficienza funzionale della stessa, si riferisce all'imprenditore nel senso tutto mediato e generico nel quale l'azienda richiama il suo autore.

Ciò non toglie, però, che la tutela giuridica dell'azienda non si rivolga a vantaggio dell'imprenditore; e così pure la tutela dell'avviamento aziendale, parzialmente riconosciuta dal legislatore nei modi che diremo, inserendosi nella normativa sull'azienda, torna a beneficio dell'imprenditore.

Ed è proprio sulla traccia dell'orientamento di stretto diritto positivo che ci pare di dover prospettare la tutela dell'opera dell'imprenditore, abbandonando lo schema della proprietà commerciale.

L'indagine svolta in precedenza ha mostrato i limiti dell'elaborazione della proprietà commerciale. Limiti di vario genere, emergenti dall'atteggiarsi tutto concreto della questione, non mai sentita come principio generale da inserire nell'ordinamento giuridico e destinato ad operare entro l'ambito della locazione. Ma, fra tutti, uno specialmente denuncia la fragilità della tesi, e ne costituisce, nondimeno, il presupposto: la richiesta di trattamento differenziato del locatario allo scopo di tutelarne il lavoro.

Si è già detto che il problema si risolveva nella rivendicazione di una categoria a difesa della quale s'invocava una legislazione singolare, tanto più gravosa sotto l'abrogato codice che non ammetteva facilmente restrizioni di godimento (art. 436 c.c. abr.) a carico del proprietario.

Chi avversava la proprietà commerciale, la combatteva proprio su questo terreno, vulnerandone il nucleo centrale. La legge speciale, si diceva, dev'essere giustificata da una particolare esigenza o di tempo o di luogo o di materia o di sogget-

ti (27). Ed invece, gli assertori non facevano questione di tempo, poichè escludevano che la crisi locatizia influisse in qualche modo sulla tutela del commerciante. Non si trattava nemmeno di circostanze particolari limitate a zone determinate, ad esempio per la presenza indiscussa di usi radicati nel costume, poichè al contrario non sorgeva dubbio sull'estensione della disciplina auspicata a tutto il territorio nazionale. Meno che mai suffragava una disciplina differenziata la considerazione sulla materia della proprietà commerciale. La locazione, materia, in senso ampio, era ben regolata secondo la sua propria normativa ed era impossibile alterarne le linee con un'interpretazione coerente; né era desiderabile l'accoglimento degli interessi di parte, perché avrebbero causato un profondo sconvolgimento nei principi che da secoli segnavano l'orientamento del legislatore nei due istituti della proprietà e della locazione, sconvolgimento non giustificato da ragioni adeguate. Inoltre, l'avviamento immobiliare, materia in senso più specifico dell'auspicata tutela, si risolveva in una situazione composita, spesso illusoria, di non facile accertamento e di dubbia entità. Infatti non si poteva negare come, molto spesso, fosse il conduttore a beneficiare delle peculiarità dell'immobile — fra cui primeggia l'insopprimibile realtà della rendita di posizione — arricchendosi alle spalle del proprietario e non, invece, apportando aumento di valore redditizio al locale, mediante la sua opera di commerciante. Introdurre una disciplina speciale sul dato, teoricamente e praticamente, poco sicuro dell'avviamento immobiliare, equivaleva nel pensiero degli avversari a non legiferare secondo certezza, negando con ciò la ragione ultima del diritto, che per dirla con una nota dottrina, essendo « una regola di coesistenza sociale importa ordine, eguaglianza, esclusione di arbitrio individuale » (28).

---

(27) In quest'ordine d'idee è specialmente, FUBINI, nelle *opp. citt.*; cfr. dell'a. anche alcuni articoli nel periodico *La proprietà edilizia* (1921 e 1924).

(28) COVIELLO N., *Manuale*, cit., p. 10.

Sopratutto, era manchevole la *ratio subiecti* e un regime singolare non si giustificava per considerazioni di persone. Per gravare il proprietario dell'immobile di oneri nuovi niente poteva convincere meno dell'invocata tutela, poiché, se era certo che l'attività commerciale superava l'interesse individuale dell'operatore economico per incidere sull'altro, più ampio della collettività, rimaneva altrettanto fermo che la proprietà immobiliare era indispensabile, in ipotesi, all'esercizio del commercio ed era egualmente interesse generale tutelare i locatori (29).

Si faceva anche notare che il diritto dei proprietari atteneva alla cosa che essi stessi avevano guadagnato con il proprio lavoro e che i commercianti non potevano quindi pretendere di rivendicare alcunché, quasi avessero impresso all'immobile una destinazione definitiva e la più conveniente in senso assoluto.

Motivi tutti che ci paiono evidenziare gl'innegabili limiti della proprietà commerciale.

4. Non perdono di attualità le osservazioni esposte per lo studioso contemporaneo che s'accosti all'argomento senza pregiudizi. Oggi più che mai si deve vigilare perché il legislatore non trasmodi dal suo dovere etico, strettamente legato al suo compito giuridico (30), primo limite alla sua azione, risolventesi nel porre norme astratte e generali ad evitare di proteggere l'arbitrio del singolo o di categoria. Ne verrebbe compromessa la pace, bene supremo che il diritto tende a procurare (31). E ciò non in senso indeterminato, generico, più speculativo che pratico, bensì nell'altro ben preciso di « ridurre all'etica l'economia » (32): cioè mediante la composizione d'interessi in con-

---

(29) Cfr., Fubini, negli scritti richiamati.

(30) Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1951, p. 146.

(31) Carnelutti, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, p. 83; Lopez de Oñate, *La certezza*, cit., p. 147 e p. 151.

(32) Carnelutti, *Teoria gen. del diritto*, Roma, 1951, p. 21 (ivi, p. 160).

flitto, reciproca e coordinata, senza creazione di squilibri assai dannosi e per il diritto e per l'economia (33).

Riproporre la tutela del commerciante, secondo l'elaborazione della proprietà commerciale, varrebbe ad avvalorare, rafforzare ed acuire certi indirizzi deprecabili del legislatore, che specie in alcuni settori, sembrano, oggi, programmatici (34).

All'accoglimento di quella tutela pensiamo siano anche di ostacolo i limiti di competenza legislativa, derivanti dall'ordimento sindacale e dall'ordinamento regionale.

Il primo postula l'incontro delle categorie, sollecita all'indagine attenta degl'interessi contrapposti, ne facilita lo schema di composizione adeguata e supera i particolarismi con lo strumento del contratto collettivo (art. 39 comma 4 Cost.) (35).

E non si vede perché la proprietà commerciale, qualora la si riproponesse secondo l'elaborazione storica, non dovrebbe ricevere soluzione soddisfacente sulla strada delle questioni sindacali.

D'altronde, sul piano di attuazione di provvedimenti specificamente qualificati, qual'è la proprietà commerciale nelle linee già esaminate, è quanto meno imprudente accantonare l'ordinamento regionale competente a regolare l'industria alberghiera e l'artigianato, due aspetti così importanti del problema. Qualunque idea si abbia sulle regioni, pare abbastanza fondato un orientamento legislativo territorialmente distinto in materia di artigianato e industria alberghiera, idoneo a raccogliere esigenze tanto diverse da luogo a luogo. Né sembra giustificato il sovrapporsi della legge speciale in questa materia, a rischio di sanzionare solo un'aspirazione di categoria, magari perché politicamente più agguerrita, imponendo obblighi ed

(33) Il male è, oggi specialmente, largamente constatabile: cfr. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Trattato dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, IV, 2, Milano, 1961, p. 11.

(34) Primi fra tutti, quello dell'agricoltura e delle locazioni: ancora Scognamiglio, *loc. cit.*

(35) Da ultimo, Mancini, *Libertà sindacale e contratto collettivo « erga omnes »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 570 ss.

oneri ai singoli, con inevitabili conseguenze dannose per l'intera collettività.

Le considerazioni esposte possono indicare l'effettiva portata di disposizioni singolari che accogliessero i principii della proprietà commerciale. A superarle, non basta l'affermazione della « preminenza della tutela del lavoro » (36) sulla proprietà fondiaria e, più in generale, della tendenza dell'ordinamento « a valorizzare il lavoro e le sue esplicazioni », per cui, è stato detto, l'avviamento « è tanto più degno di tutela in una epoca come la nostra » (37). Simili proposizioni, in sé e per sé nemmeno rigorose, ricalcando l'impostazione tradizionale, fanno pensare piuttosto ad un'indagine affrettata, da cui non emerge il germe più nascosto e più vero di dissoluzione della proprietà commerciale, che ha avuto vita brevissima nel diritto italiano.

Il problema deve ricevere, invece, un'impostazione più ampia. L'opera del commerciante è in tanto meritevole di tutela in quanto effettivamente si svolge per il mercato, superando gli interessi personali e di categoria. Diventa, cioè, nella sistematica positiva, l'opera dell'imprenditore, e non solo dell'imprenditore commerciale, riguardata attraverso l'azienda, oggetto degli atti d'impresa ed ente di produzione per il mercato. In conseguenza, la tutela si sposta dal soggetto all'oggetto per arricchirne la disciplina, dettata non tanto per la difesa dell'imprenditore quanto — e sopratutto — per l'esigenza della produzione. Inserire nella problematica dell'azienda la protezione dell'imprenditore, è compiere un passo in avanti nell'interpretazione della tendenza legislativa a riferire all'azienda numerosi rapporti, già considerati propri dell'imprenditore. Si progredisce anche nella logica giuridica, evitando la dannosa impostazione generale di cui si è detto e contribuendo alla chiarificazione dei concetti, punto veramente debole, questo, della dottrina sulla proprietà commerciale.

---

(36) Murano, *La così detta proprietà com.*, cit., p. 231, *passim*, pp. 223 ss.

(37) Pratis, *La tutela*, cit., pp. 75-76 nota 55.

Capitolo VI

PROSPETTIVA SISTEMATICA DEL FENOMENO IN RELAZIONE ALL'AZIENDA

Sommario: 1. Premessa per l'indagine ulteriore. Il problema *de iure condendo*: la tutela oggettiva dell'avviamento. Anticipazione. — 2. (segue) Visione di sintesi sull'azienda. Rilievi negativi. Il problema della tutela dell'avviamento in riferimento all'azienda, considerata nella qualità specifica della produttività. Rilevanza normativa della produttività. Precisazioni. Insufficienza del profilo organizzativo. Critica della dottrina. — 3. (segue) Insufficienza del profilo genericamente produttivo riconosciuto dalla dottrina all'azienda. Nostra opinione. La dinamica dell'azienda. — 4. (segue) La conferma delle fonti: l'art. 2557 c.c. Disamina critica. — 5. (segue) L'estensione del divieto di concorrenza alle attività connesse in agricoltura (art. 2557, comma 5 c.c.). Disamina critica. — 6. (segue) L'obbligo di gestione nell'usufrutto (art. 2561 c.c.), nell'affitto (art. 2562 c.c.), nel sequestro (art. 670 c.p.c.), argomento per l'ammissione della produttività dell'azienda nel senso da noi delineato. — 7. Precisazioni conclusive.

1. Come siamo venuti esponendo ed abbiamo affermato in più luoghi, il problema della tutela dell'avviamento deve essere prospettato, a nostro giudizio almeno, su basi nuove, senza ricalcare la falsariga della proprietà commerciale.

Bisogna tradurre la tutela dell'imprenditore nella tutela oggettiva dell'azienda (1) realizzata, a sua volta, col predisporre un mezzo adeguato a garantire che in nessun modo l'avviamento si disperda e in conseguenza l'azienda venga a subire

---

(1) Recentemente, Candian, *Appunti in tema di azienda*, in *Studi per Jemolo*, II, Milano, 1963, pp. 139 ss., ha espresso una diversa costruzione, affermando che « l'azienda può essere giuridicamente tutelata solo in modo mediato, cioè in quanto si tuteli l'imprenditore nella sua attività » (ivi, p. 146; cfr. p. 170, p. 171). L'illustre a. propone cioè di continuare il cammino della tutela soggettiva, servendosi di argomentazioni vigorose che, a nostro giudizio, fanno dello studio un punto obbligato nell'indagine sull'argomento.

una diminuzione dell'efficienza raggiunta, con tutto danno dell'imprenditore. Come meglio diremo, nel sistema proposto, la tutela diretta dell'azienda, sia pure incidente nel valore avviamento, e indiretta dell'imprenditore, si poggia su norme di diritto oggettivo, il cui scopo, cioè, è di salvaguardare una ricchezza attuale, qual'è l'azienda in costanza d'impresa, nell'interesse comune e generale e non soltanto dell'imprenditore. Più precisamente a costui, titolare (2) dell'azienda gestita (3), spetta non un diritto soggettivo di carattere primario, bensì un diritto soggettivo di carattere secondario, che prende concretezza nel momento, eventuale e successivo, della violazione. Come le norme sulla repressione della concorrenza sleale (4), anche la desiderabile disciplina, diciamo pure di tutela dell'avviamento e con riserva di precisazione terminologica al luogo opportuno (5), attuerebbe una tutela dell'illecito in relazione all'azienda, dando all'imprenditore il diritto soggettivo alla repressione dell'illecito stesso, quando vi sia, e più correttamente, alla cessazione del fatto lesivo. Senza entrare qui nei particolari, preme piuttosto porre in rilievo che l'inquadramento del nostro problema nella sistematica dell'azienda è del tutto aderente al dato positivo e risponde all'interpretazione della legge vigente, che crediamo

(2) Usiamo il termine nel significato generico che per lo più ricorre in dottrina: cfr. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 71; Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 318; Nicolò, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del dir. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 189. Cfr. Casanova, *Rivendicazione di azienda nel sistema del nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1942, p. 325. Il problema della precisazione, come gli altri problemi attinenti all'azienda qui non trattati, trovano l'adeguato svolgimento nel n. studio, *Possesso e rivendicazione d'azienda*, in ultimazione.

(3) Questo termine ha, per noi, un significato tecnico preciso ed indica, nel caso, la disposizione dell'oggetto in sé produttivo. Di ciò, più avanti a p. 134 ss.

(4) La tesi della natura oggettiva delle norme sulla repressione della concorrenza sleale è sostenuta sopratutto da Santini, *Concorrenza sleale ed impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, pp. 125 ss., pp. 134-135, p. 144; Pugliatti, *Beni e cose*, cit., p. 24 (v. ivi, la nota 59), p. 45; cfr. anche, Casanova, voce *Concorrenza*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, pp. 993 ss., a p. 1000 (dove citazioni).

(5) Più avanti, pagina 158 e seguenti.

corretta per le ragioni cui vogliamo subito accennare. Allo scopo è, quindi, indispensabile riflettere sull'argomento tanto importante, come in genere ignorato nella sua portata reale, della dinamica dell'azienda, sia pure nei ristretti limiti che ci consentano di progredire nell'indagine.

È infatti per tale caratteristica dell'azienda che ci pare corretto prospettare la tutela dell'avviamento nel modo che faremo; e, prima ancora, è questa caratteristica appunto a suggerire la considerazione dell'avviamento come valore dell'azienda, nel senso saliente di misura dell'idoneità reciproca dei singoli elementi in relazione all'efficienza del complesso e in funzione dell'immissione di prodotti sul mercato, accogliendo così l'orientamento di parte della dottrina (6), che trova oggi la conferma nella disciplina positiva, sia pure in una norma di carattere speciale. Alludiamo alla legge 27 gennaio 1963, su la «Tutela giuridica dell'avviamento commerciale» già ricordata (7) che, se lascia dietro di sé, come precedente di rilevanza storica e non più attuale, la proprietà commerciale, appresta una tutela più che limitata dell'avviamento e dà voce ad esigenze tra loro diverse, ora ponendosi a favore più direttamente dell'azienda ora più direttamente dell'imprenditore, come diremo. Questa disciplina è, del resto, l'unica (8) in tema di avviamento; di modo che, per l'indole speciale e per la fattispecie qualificata ivi prevista, il nostro studio vuole esprimere l'opportunità *de iure condendo* della tutela d'avviamento, sia pure sul saldo fondamento dell'interpretazione del diritto vigente, rispetto al quale la tutela che auspichiamo ci pare possa rappresentare un completamento della normativa sull'azienda, che oggi manca.

Ciò detto in via di premessa, fermiamo per un momento l'attenzione sulla dinamica dell'azienda e sui quesiti che sono punti di passaggio obbligato per giungere a quella.

---

(6) Cfr. la dottrina richiamata alla nota (36), di p. 157.

(7) *Retro*, al cap. V, pp. 97 ss.

(8) Diamo adeguata prova dell'affermazione alla pagina 143 e seguenti.

2. Nonostante la nostra legislazione detti norme specifiche sull'azienda, la dottrina appare lontana da un'impostazione univoca dell'argomento e, sopratutto, non è concorde sul risultato dell'indagine.

La meditazione sul tema fa scorgere la difficoltà dello studio, che sembra procedere obbligato secondo schemi tradizionali (9), idonei, si dice, ad appesantire la ricerca (10), nonostante si colga lo sforzo costante d'illimpidirla, perché meglio emergano i lineamenti normativi dell'istituto. L'esigenza è tanto più avvertita quanto più aumenta l'importanza pratica della vita dell'azienda, oggi più che mai nuovo polo di attrazione degli interessi (11). Nella profonda trasformazione dell'economia, è ben visibile questo fenomeno che, negli ultimissimi anni, sta ancor più assumendo vaste proporzioni.

Senonché, presenti i motivi accennati, quando in dottrina si cerca di superare gli ostacoli che imbrigliano, col richiamo a categorie tradizionali, la realtà tutta moderna dell'azienda, si sciolgono i lacci nella maniera più discutibile, perché si nega la rilevanza giuridica dell'azienda in sé, come problema autonomo e come istituto di diritto positivo (12). La c.d. teoria atomistica, contendendo il campo all'altra prima richiamata, che inquadra l'azienda nell'*universitas*, vanifica, a nostro giudizio, il senso

(9) Alludiamo alla tesi che configura l'azienda come universitas: da ultimo, DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, cit., pp. 26 ss., p. 50; PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., pp. 285 ss., p. 295; CANDIAN, *op. cit.*, pp. 147 ss. Cfr. al riguardo, COVIELLO N., *La successione ne' debiti a titolo particolare*, Bologna, 1896, p. 147 nota 87, dove l'a. pone in risalto il valore puramente descrittivo dell'espressione « universitas facti » riferita all'azienda.

(10) BRANCA, *Sul possesso dell'azienda*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, I, 1960, p. 223, acuto studio che pone il problema della configurazione giuridica dell'azienda sotto l'angolo visuale del possesso, che a noi pare fra i più promettenti. Di ciò, nel n. scritto « *Possesso e rivendicazione d'azienda* » che ci siamo permessi di richiamare alla nota 2 di p. 116.

(11) L'espressione suggestiva è di PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 289, dove si legge « L'azienda costituisce il nuovo polo verso il quale devono orientarsi il diritto moderno e la dottrina giuridica ». V., ivi, il richiamo a CARNELUTTI.

(12) Sostiene, da ultimo, la tesi, FERRARI, voce *Azienda*, in *Enc. dir.* IV, Milano, 1959, pp. 698 ss. Cfr. ora, AULETTA, *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. delle società*, 1963, pp. 457 ss.

più genuino della normativa sull'azienda e rimane ancorata alla rilevanza della figura sul piano economico. È come dire che il sistema legislativo non si palesa, all'indagine, sufficientemente idoneo all'individuazione solo giuridica dell'entità economica e che, quindi, l'azienda rimane propriamente un dato economico, come tale riguardato dal legislatore, il quale, dettando le norme del codice del 1942, ha inteso il problema giuridico dell'azienda come mero problema di limiti dell'indiscussa rilevanza in fatto.

Le norme specifiche sull'argomento non pare vengano tenute in gran conto come punti di partenza per lo studio, certamente più evoluti, sia rispetto ad altre legislazioni sia rispetto alla nostra codificazione anteriore. Sicché, sostanzialmente, si svaluta il reale contenuto di novità del diritto positivo col dargli chiarimento sulla scorta di criteri desunti dalla realtà di fatto, operando, quanto meno, con un'inversione di metodo, che, ricorrente nella materia, porta in conseguenza al lamentato inconveniente.

Ma non ci è permesso dire di più. Dato l'argomento e l'impostazione scelti, rigore vuole di non deviare dall'indagine che, per essere condotta su dati normativi, si discosta dall'elaborazione della proprietà commerciale, e si fa di particolare difficoltà.

Per introdurre la tutela dell'avviamento commerciale nell'ordinamento positivo, a nostro giudizio, non vale proporre la tutela del lavoro del commerciante, bensì la tutela dell'azienda nella qualità di avviamento. Abbiamo già accennato alle ragioni, sociali e di stretto diritto, che fanno ritenere il tentativo non distituito di fondamento (13). Anzi ci sembra promettente di utili spunti per il nostro tema e, oltre, per quello generale dell'azienda.

Al centro della ricerca sta la rilevanza normativa della produttività dell'azienda, asse per lo spostamento dell'indagine dall'interesse soggettivo (dell'imprenditore) all'interesse

(13) *Retro*, pp. 111 ss.; pp. 115 ss.

oggettivo (dell'azienda). In questa prospettiva diremo dell'avviamento giuridico, delineandone la nozione e studiandone la tutela.

Venendo al nostro argomento, bisogna dire che la produttività dell'azienda è una qualità specifica della stessa in quanto tale, in principio indipendente e non causata dall'eventuale produttività propria di alcuno degli elementi che la costituiscono. La questione si pone nei termini seguenti.

Per l'immissione dei beni sul mercato, l'imprenditore, operatore economico qualificato, si serve dell'azienda e agisce su di essa come sull'oggetto immediato della propria attività.

Un'attività economica che non incide sull'azienda, non presenta quel requisito minimo ed indispensabile per l'accertamento della qualità d'imprenditore dell'agente.

L'azienda si pone, infatti, fra l'imprenditore e il mercato, nel singnificato saliente di oggetto degli atti d'impresa e d'entità di produzione per il mercato.

La duplicità di profili emerge, in via di principio, da disposizioni ben note, che costituiscono i cardini della materia: gli artt. 2082 e 2555 c.c. Le due norme s'integrano richiamandosi a vicenda, anche nell'uso della stessa terminologia. E, in verità, dell'azienda il legislatore ha evidenziato con accento marcato l'aspetto tutto concreto dell'organizzazione intesa nel più immediato significato empirico del termine e con riferimento ai dati di fatto, palesati dalla stessa attività dell'agente economico; cosicché il necessario dinamismo di questa si è riflesso sull'oggetto, determinando l'orientamento normativo solo in una direzione. Ed è altrettanto comprensibile che l'art. 2555 c.c. chiarisca il senso dell'attività «organizzata», già posta dall'art. 2082 c.c., completando il pensiero e il discorso con il conseguente riferimento al «complesso di beni», poiché l'organizzazione — qualunque essa sia — postula pluralità di elementi, che si vogliono, per l'appunto, collegare in insieme.

Ma, oltre questo motivo, le due disposizioni stabiliscono la necessità giuridica dell'azienda nell'impresa (14), perché l'imprenditore deve organizzare (art. 2082 c.c.) la propria attività, e ciò in via indispensabile per dare vita all'impresa (art. 2555 c.c.).

Così, l'azienda qualifica l'attività economica dell'imprenditore, detta propriamente impresa, che manca, come tale, quando non c'è l'azienda.

In linea di diritto, cioè, l'azienda, come posta dalle due norme in esame, è oggetto di disposizione (15) dell'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Per questo verso, non c'è dubbio che la legge inquadra l'azienda nella categoria degli oggetti dei diritti e, più precisamente, per esprimerci in termini maggiormente comprensivi, in quella dei rapporti giuridici.

La problematica è di facile intuizione: se non si può giuridicamente individuare fra i soggetti economici l'imprenditore quando manchi l'azienda, e non presentandosi questa come termine ultimo dell'attività imprenditrice, che è, invece, il mercato (arg. ex art. 1082, 2195, 2135, 2555, c.c.; cfr. art. 2085 c.c.), l'azienda non può essere che l'oggetto di disposizione dell'imprenditore, su cui incide l'atto d'impresa.

In questo senso, l'azienda appartiene all'imprenditore o, per meglio dire ad evitare equivoci di sorta, la legge costituisce l'imprenditore titolare dell'azienda poiché gli conferisce una situazione di potere che trova il punto di riferimento oggettivo sull'azienda. Ciò discende dalle premesse, solo perché l'azienda è l'oggetto degli atti d'impresa ed indipendentemente dal titolo per il quale l'imprenditore si trova a disporre dell'azienda nei singoli casi. Trattasi di un potere legale di disposizione, la cui esclusiva fonte è nel dettato positivo ed il cui con-

(14) In questo senso, De Martini, *L'usufrutto*, cit., p. 95; Nicolò, *op. cit.*, pp. 184-185.

(15) Su tale concetto, Candian, *op. cit.*, pp. 153-154, il quale svolge considerazioni degne della massima attenzione.

tenuto risulta dall'individuazione dell'oggetto e cioè dalla situazione in cui è posta dalla legge l'azienda nei confronti dell'imprenditore (16). Ed è proprio dalla correlazione necessaria imprenditore-azienda, come desunta dagli articoli citati, che all'imprenditore deriva un potere ordinatorio sull'azienda, inteso nel significato pregnante del termine, rilevante sotto molteplici profili, il cui nucleo assenziale sta nel regolare da sé la propria condotta sull'azienda, per l'immissione di beni e servizi sul mercato.

Poiché l'azienda è voluta dalla legge per lui, l'imprenditore agisce sull'azienda in via autonoma; e poiché nel diritto, l'imprenditore è uno *status*, oltre ad essere un soggetto economico, ben si comprende come, sul presupposto di una serie aperta di poteri (e di doveri), s'innesti questo tipico potere di disposizione dell'azienda, che, nella sua lata accezione, si presta a richiamare, schematizzandoli, i diversi aspetti in cui concretamente si attua. Tra i quali, il più appariscente è dato dall'organizza-

---

(16) In proposito, sono da segnalare due tesi recentemente espresse, ambedue suggestive: quella di SANTINI, *op. cit.*, e l'altra di NICOLÒ, *op. cit.*. Le due costruzioni, pur essendo agli atipodi, si presentano, a nostro avviso, le più rigorose e segnano un punto fermo nell'elaborazione dottrinale sull'azienda. Rinviando lo studioso alla valutazione critica delineata nel n. scritto « *Possesso e rivendicazione d'azienda* », già segnalato, è qui sufficiente mettere in rilievo l'indiscutibile esigenza in esse di derivare dalle norme positive un potere di disposizione dell'imprenditore sull'azienda, sia configurando l'impresa come « signoria di fatto » e in stretto parallelo « fra impresa e possesso » (SANTINI), sia prospettando l'impresa come situazione soggettiva attiva, propriamente come un diritto soggettivo « che, per la sua rilevanza e la sua complessità, si pone sul medesimo piano della proprietà » (NICOLÒ). La stessa esigenza è chiaramente espressa in CANDIAN, *op. cit.*, pp. 158 ss., p. 160, dove l'a. riferisce all'atto « materiale » (non negoziale) della organizzazione « l'acquisto del potere esclusivo di gestione » a favore dell'imprenditore. Incidentalmente, non è fuor di luogo precisare che l'orientamento recente della dottrina tedesca ha superato tale posizione: il diritto (assoluto) d'impresa non viene (più) invocato né è richiesto dall'organizzazione (cfr. ENNECCERUS, *loc. cit.*; WÜRDINGER, *Komm. z. Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1952, § 22). (Ciò non è, evidentemente, avvertito da NASI, *Osservazioni su di una recente teoria dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, pp. 383 ss.). Come precisiamo nel testo — e meglio diciamo nello studio in ultimazione *Possesso e rivendicazione d'azienda* —, a noi pare che il potere (di disposizione) dell'imprenditore (sull'azienda) si debba derivare solo per l'indicata ragione formale e di stretto diritto positivo.

zione, che non è, attività giuridica ma tutta materiale e non rimessa in maniera esclusiva all'imprenditore, il quale può ricevere l'azienda già formata (17), e cioè organizzata, da chi non è né vuole essere imprenditore ma che prepara l'azienda nell'intenzione di cederla ad altri perché l'usi nella qualità di imprenditore. La figura dell'azienda soltanto destinata (18), che emerge sempre più precisamente nella ricerca scientifica, non solo rispecchia la quotidiana realtà ma risulta in maniera non equivoca dall'esatta interpretazione del sistema, che, se modella la disciplina sul presupposto dell'azienda fondata dall'imprenditore, in conformità alla fattispecie certamente più delicata (arg. ex art. 2557, comma 1, 4, 5 c.c.), non esclude tuttavia la ipotesi posta (arg. ex art. 2561 e 2562 c.c.).

Più evidente risulta, poi, la trasposizione del profilo « organizzazione » dal piano di pura materialità all'altro della rilevanza giuridica, quando si voglia riferire l'organizzazione, dalla fase iniziale e di costituzione dell'azienda, all'altra successiva dell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Questo momento è certamente più accentuatamente preso in considerazione dalla normativa sull'azienda e perché ivi si tratta dell'organizzazione come aspetto qualitativo dell'attività imprenditrice (art. 2082 c.c.) e perché nel complesso organizzato per l'impresa (art. 2555 c.c.) rientrano non solo e non tanto i beni che costituiscono la azienda nel suo inizio ma, di più, tutti quelli che nell'esercizio della sua attività l'imprenditore si troverà a dover organizzare successivamente.

In questo, come nel precedente momento della creazione dell'azienda, l'organizzazione rimane nella sfera dell'azione, propria di ogni soggetto economico e non esclusiva del soggetto

---

(17) Al riguardo, spec. De Martini, *L'usufrutto*, cit., pp. 89 ss., il quale, però, come la gran parte della dottrina, non pare giungere alle conclusioni ultime che dalla premessa derivano.

(18) O, anche, nella terminologia di De Martini, *op. cit.*, pp. 79 ss. « azienda ferma ». V. oltre nota (35) a p. 156.

economico qualificato imprenditore, ed inidonea, come tale, a rendere il concetto giuridico dell'azienda.

Ma il torto palese di far perno sull'organizzazione, quasi chiave di volta dell'indagine (19), sta proprio nello scambiare l'oggetto col potere: l'imprenditore in tanto organizza cose e beni in quanto ha il potere di disporre dell'azienda, possibilità che gli deriva dalla legge esattamente al fine d'immettere prodotti sul mercato, operando sull'azienda, adattandola alle esigenze secondo quel ritmo che le circostanze e la sua iniziativa richiederanno, procedendo alla sostituzione di singoli elementi aziendali che l'uso o la concorrenza indicheranno logori o superati, collegando materialmente cose e beni e riducendoli a complesso.

Come sembra chiaro, di organizzazione in senso proprio si può parlare solo nell'ultima ipotesi e cioè quando l'imprenditore svolge e compie l'azione di riunione di singole entità, distanti ed eterogenee fra di loro, ordinandole in complesso. D'altronde, far rientrare tutti i profili del potere di disposizione dell'imprenditore nell'organizzazione, sulla considerazione esegetica dei citati articoli, sarebbe allargare notevolmente il significato del termine ma pur sempre senza considerevole utilità poiché, scendendo all'analisi, si dovrebbe poi concretamente spiegare in che consiste l'organizzazione (20).

---

(19) FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., pp. 65 ss. V. al riguardo l'osservazione analoga di VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, p. 62 nota (81).

(20) Si veda, infatti, lo studio citato del FERRARA, pp. 123 ss., dove l'a. ha dovuto astrarre dall'organizzazione l'idea organizzativa per dare un significato preciso alla realtà di fatto dell'organizzazione, ponendo così una necessaria specificazione.

È noto che il concetto di organizzazione ha fornito differenti spunti per la costruzione scientifica dell'azienda (cfr. lo studio del VANZETTI, già richiamato). Non è nostro compito farne qui cenno, in aderenza agli intenti che ci sono di guida nell'indagine. Vale piuttosto precisare che affermiamo l'insufficienza del criterio in riferimento all'azienda, senza pretesa di prendere posizione in via generale e, specialmente, per riguardo all'impresa. Ai nostri fini, non è però fuor di luogo registrare l'orientamento della recente dottrina tedesca che tende a svalutare l'elemento organizzazione anche per riguardo all'impresa (cfr. spec. ENNECCERUS e WÜRDINGER, *locc. citt.*). Nello stesso ordine d'idee va posta la giusta

La formula non si presenta di forza costruttiva e va presa per quello che vale. Ad ogni modo, comunque si voglia, l'organizzazione rimane sul piano dell'attività materiale (21) e, ciò che più conta, è legittimata in principio dal potere di disposizione dell'imprenditore.

Si può riconoscere nella terminologia usata dal codice come sia stata di guida al legislatore l'esperienza economica, in cui balza evidente il lato organizzativo dell'attività dell'agente e il complesso dei beni; dizione, quest'ultima, tanto lata quanto imprecisa e di nessuna pretesa tecnica (cfr. art. 86 n. 1 l.f., dove l'azienda risulta dalle « cose che servono all'esercizio dell'impresa »).

Si vede così abbastanza facilmente che, nonostante l'ampia dizione, dall'organizzazione si deve distinguere l'amministrazione, che sull'organizzazione poggia e si fonda; come la gestione, che, a rigore, non è organizzazione e nemmeno amministrazione (22).

Ma l'argomento dell'organizzazione, intorno al quale si è molto parlato in dottrina, non ci pare sufficientemente orientativo nella materia.

Rimane di dettaglio e non contribuisce al progresso dell'indagine. Più che altro l'attenzione della ricerca deve riferirsi costantemente alla disciplina dell'azienda, come oggetto nuovo nel diritto, in ordine al quale si modella il profilo soggettivo del potere che su di esso si esercita.

Crediamo che l'applicazione di un tale metodo, strettamente giuridico, porti in conseguenza l'aderente sistemazione della problematica sul tema. Ai nostri effetti, però, il richiamo in via preliminare all'organizzazione nell'azienda ci pare indispensa-

---

affermazione della migliore dottrina secondo la quale gli *atti di organizzazione* non attribuiscono la qualifica d'imprenditore: per tutti, cfr. FRANCESCHELLI, *Imprese ed imprenditori*, Milano, 1964, p. 279.

(21) Offre una visione generale dell'attività, AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, pp. 981 ss.

(22) Al riguardo, la sintesi di LOJACONO, voce *Amministrazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 152 ss., pp. 154 ss.

bile per la sistemazione concettuale dell'avviamento, come diremo nel seguito, e serve ad introdurre meglio le osservazioni specifiche sulla produttività della stessa, come un suo aspetto tipico.

3. Normalmente, l'azienda viene qualificata sotto questo profilo; anzi, può dirsi con sicurezza che è sempre considerata strumento per la produzione. Con un argomentare sottinteso ed altrettanto accettato, non si trova difficoltà a parlare di produttività dell'azienda, poiché l'imprenditore usa questa al fine della produzione, vincolando allo scopo il complesso organizzato che, per tale ragione, è produttivo. Sul punto non c'è disaccordo fra le dottrine delle opposte tendenze, le quali per altro, non danno rilievo alla questione (23).

Sul presupposto che l'azienda è mezzo per l'attività imprenditrice, se ne afferma la finalità produttiva o la capacità produttiva. Ma non si va oltre l'affermazione; e sopratutto non si precisa la portata giuridica dell'assunto, rimanendo su un piano empirico, poiché dell'azienda si coglie un aspetto esterno, e per meglio dire, un momento della sua vita, ponendo mente cioè all'azienda gestita dall'imprenditore, il quale, per la sua propria azione economica, conferisce l'idoneità di strumento produttivo all'azienda di cui si serve. Ne consegue che la produttività non spetta in principio all'azienda, oggetto degli atti d'impresa, ma all'attività del soggetto, spostandosi solo successivamente ed in senso derivato all'azienda, della quale finisce per non essere propriamente un carattere.

Nondimeno, usando una formula ellittica, si parla direttamente di azienda produttiva. I termini del problema sono, del resto, chiaramente riassunti quando si precisa che l'azienda rientra nell'ambito dei beni per i quali la produttività dipende completamente dall'attività umana e che la vitalità del complesso è condizionata all'esercizio, per cui l'azienda lasciata inerte

---

(23) Per tutti, FERRARA, *op. cit.*, p. 414; DE MARTINI, *op. cit.*, p. 217.

non si conserva ma si distrugge (24). Decisamente si esclude la azienda dal novero dei beni in sé produttivi, o come anche si dice, forniti di una produttività naturale, per i quali si può parlare in senso proprio di carattere della produttività ed in relazione ai quali l'attività dell'agente assume il ruolo di fattore coadiuvante (25), del tutto secondario, anche giuridicamente (arg. ex art. 820 comma 1 c.c.). Ci si accorge come a base della concezione richiamata dell'azienda quale oragnismo produttivo, la visione tutta economica e pregiuridica di essa sta ad impedire l'esame attento di un aspetto sanzionato dalla legge, che contribuisce alla qualificazione strettamente giuridica della figura. Si vuole alludere all'azienda nella qualità specifica di entità di produzione per il mercato. Ma bisogna intendersi.

Trattasi di una produttività che la legge riconosce all'azienda, in sé e per sé, indipendentemente e al di là della produttività propria di ogni sua componente, recependo il dato empirico indiscutibile che fa dell'azienda il naturale strumento dell'attività imprenditrice. Lo recepisce e lo supera, disciplinando l'azienda come bene produttivo per sua prerogativa, e non ha rilievo in questo senso l'attività dell'imprenditore, da cui non dipende, giuridicamente, la qualità specifica dell'azienda come oggetto in sé produttivo. In realtà, nel sistema positivo, è l'azienda che contribuisce all'accertamento giuridico dell'imprenditore, poiché, come già si è detto, il soggetto economico deve esercitare un'attività organizzata (arg. ex art. 2082 c.c.), e cioè deve operare sull'azienda (art. 2555 c.c.); in parole povere, viene prima l'azienda e poi l'imprenditore. In ciò niente di strano, se si pensa che il diritto sorge non col fatto ma, invece, con la qualificazione giuridica del fatto; ed è chiaro che il fatto deve pur esistere per rendere possibile, giuridicamente possibile, la qualificazione. E l'azienda non è certo una realtà ontologica; dipende dall'attività di un soggetto, è costruita da questi, indipendentemente dall'es-

(24) Ferrara, *loc. cit.*
(25) De Martini, *loc. cit.*

sere o dal diventare imprenditore. Ciò, però, non toglie che il diritto colga quel fatto col dargli una qualificazione, di cui è solamente competente, qualificazione propriamente giuridica, che, se non sfigura la realtà empirica, definitivamente la trascende. Conseguentemente, l'istituto di diritto positivo sorge dal fatto ma da esso si distingue, ne è lontano e distante perché appartiene ad altro sistema, all'ordine legislativo, e da esso riceve giustificazione.

Così inquadrata, la normativa sull'azienda, come già si è rilevato, pone in luce la necessità dell'azienda per l'impresa; e siccome, l'imprenditore svolge la sua impresa per il mercato, egli produce in senso tutto mediato, in quanto cioè dispone dell'azienda, oggetto obbligato e dell'attività imprenditrice e del mercato che si arricchisce propriamente dei prodotti dell'azienda e non dell'attività dell'imprenditore, poiché in linea di diritto questa si esaurisce nel potere di disposizione sull'azienda. È questo il senso giuridico dell'attività imprenditrice.

Rimane, d'altronde, altrettanto fermo che nella visione empirica del fenomeno l'azienda produce grazie all'attività dell'imprenditore. Ma in linea di diritto questa assume il ruolo di precedente e di presupposto ed esula dalla fattispecie normativa, la quale regola l'azienda senza che l'attività dell'imprenditore influisca minimamente sulla qualicazione giuridica della stessa. All'opera dell'imprenditore non si riferisce se non in via mediata e generica come in ogni caso in cui la norma, regolando l'oggetto, presuppone il soggetto. L'opera dell'imprenditore rimane sullo sfondo sociale e non si può, in linea di diritto positivo, riferire ad essa la produttività dell'azienda come alla sua fonte. Anzi, se ci si mette su questa strada, oltre a non ricercare il giusto significato della normativa in esame, si svuota del suo proprio contenuto la pretesa produttività, e la azienda si riduce a semplice mezzo per un fine, priva di peculiarità di sorta, al pari di qualsiasi strumento la cui valorizzazione dipenda in qualche modo dall'attività di un soggetto. L'espres-

sione, normalmente usata in dottrina, « organismo squisitamente produttivo », ed altre equivalenti, nella loro sostanza finiscono per sviare l'attenzione e, così come sono intese, si presentano più che altro inutili. Già si è fatto cenno al ruolo determinante che gioca la visione spiccatamente economica dell'azienda; ma è forse la dizione dell'art. 2555 c.c. ad accentuare il profilo di strumento dell'impresa, sospingendo nell'ombra l'altro di cui qui si discorre.

4. La produttività dell'azienda che, a nostro modo di vedere, risulta dalla logica intrinseca dell'istituto positivo, trova conferma nella legge in più punti.

In proposito ci pare orientativa l'interpretazione dell'articolo 2557 c.c. La disposizione è cogente (26) e sanziona l'obbligo per l'imprenditore alienante dell'astensione da un'attività, esercitata in forma d'impresa, che sia idonea a sviare la clientela dell'azienda trasferita. Si tratta, cioè, di un obbligo di non fare a carico dell'imprenditore che rimane, per il tempo stabilito, nell'impossibilità giuridica di comportarsi in un certo modo. Oggetto della normativa è la limitazione dell'attività dell'alienante, indipendentemente dall'interesse concreto dell'acquirente, rilevante solo parzialmente (art. 2557, comma 3 c.c.), e comunque ininfluente sulla *ratio legis*, dal momento che, stante l'obbligo di non concorrenza, le parti possono, con un atto di privata autonomia, modificarne la durata stabilita dalla legge, fissando il termine del divieto fra il minimo ed il massimo inderogabili.

Solo in questo caso e a questo effetto, è dato ipotizzare la rilevanza dell'interesse concreto dell'acquirente e, più precisa-

(26) *Contra* spec. AULETTA, *Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza*, in *Studi in onore di De Francesco*, II, Milano, 1957, pp. 188 ss., al quale sfugge il profilo di tutela dell'azienda e, sulle orme della preparazione storica della norma, sconosciuta nella legislazione anteriore, riferisce (spec. p. 194) l'obbligo di non fare « alla normale volontà delle parti ». Lo segue, da ultimo, FERRARI, *op. cit.*, pp. 708 ss. (ivi, bibliografia sull'argomento).

mente, dell'interesse economico delle parti del contratto di trasferimento dell'azienda, in principio del tutto trascurato dalla normativa. Al contratto di trasferimento d'azienda, la legge ricollega il divieto indicato, come conseguenza eterogenea, non dipendente dalla volontà delle parti, il cui atto di autonomia è, a questo riguardo, considerato un fatto giuridico in senso stretto (art. 1374 c.c.) (27). Conseguentemente, si tratta di tutela oggettiva; e al dovere di non concorrenza non fa riscontro il diritto soggettivo ma un interesse giuridicamente protetto dell'acquirente, solo titolare del diritto soggettivo alla cessazione del comportamento lesivo.

La limitazione della libertà d'iniziativa dell'alienante, ponendosi ad oggetto della disposizione cogente, esula, dunque, in via generale, dalla fattispecie contrattuale e si sottrae alla disposizione delle parti (28).

Rientra, invece, nelle conseguenze che la legge riconduce al contratto di trasferimento d'azienda e si presenta di particolare rilievo per l'argomento che c'intrattiene, perché in funzione dell'azienda ceduta. È appena il momento di precisare che l'oggetto del contratto di trasferimento, cioè l'azienda, è assunta nella fattispecie legale a funzione dell'istituto del divieto di concorrenza *ex* art. 2557 c.c. Questa figura compiuta è caratterizzata appunto dal dovere dell'alienante in funzione dell'azienda, che viene così ad essere oggettivamente tutelata in sé e per sé, per il solo fatto del trasferimento, indipendentemente, come si è già detto, dalla volontà delle parti ed anche contro la

(27) V., invece, FERRARI, *op. cit.*, p. 709, dove si legge « Il fondamento del divieto viene dunque riportato alla normale volontà delle parti, ciò che rende il divieto un *effetto normale* del negozio (non quindi essenziale) conseguente ad esso per il principio d'integrazione del contratto (art. 1374) ». Nonostante l'affermazione esplicita dell'a., il riferimento all'art. 1374 c.c. pone nel nulla la tesi da lui sostenuta per il carattere cogente dell'articolo richiamato che prescinde del tutto dalla volontà delle parti (in argomento, v. n. *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 517, pp. 528 ss.).

(28) Uno spunto in questo senso in ASCARELLI, *Lezioni di diritto comm.*, Milano, 1955, p. 250.

volontà di una di esse — ciò che poi corrisponde al caso normale della pratica (29). Qualifica giuridicamente l'istituto l'esigenza di tutela dell'azienda e non dell'imprenditore: non di chi aliena, impedito nella libertà d'iniziativa; né del successore che, contrariamente all'apparenza, non è titolare di un diritto soggettivo. E la disposizione dichiara anche espressamente lo scopo pratico, che ha spinto il legislatore alla normativa, nello sviamento di clientela, che pone a punto di riferimento naturale, cioè, indispensabile dell'azienda. Non che la clientela sia una qualità dell'azienda; ma, al contrario ne è al di là e al di fuori; quale entità economica di mercato (30), è rispetto ad essa un'altra entità, logicamente e giuridicamente, poiché, come corrente di domande dei beni e servizi prodotti dall'azienda, la presuppone, rimanendone certamente distinta (31); e, giuridicamente, si colloca a scopo della produttività della stessa. Non si tratta, come vuole la dottrina prevalente (32), di azienda ceduta con la clientela, anche perché l'azienda ceduta potrebbe non averne; mentre è ben più rispondente alla logica legislativa che l'azienda, siccome entità di produzione per il mercato, sia difesa proprio nel momento in cui, passando da un imprenditore ad un altro, rischia di essere distolta dal suo fine naturale con la conseguente

---

(29) FERRARI, *op. cit.*, p. 709, giunge a svuotare di ogni significato la norma, affermando che si ha « un trasferimento d'azienda anche se le parti abbiano escluso concordemente il divieto ». Non riusciamo a cogliere il perché di questa interpretazione.

(30) Per la nozione corrente di mercato, AULETTA, voce *Attività*, cit., p. 983.

(31) Cfr., in proposito, FERRERO, *La clientela nell'analisi delle vendite*, Milano, 1958. Meno che mai la clientela va confusa, come solitamente avviene (nella dottrina civilistica, per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di dir. civ.*, II, Napoli, 1961, p. 976; nella dottrina commercialista, per tutti, ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, p. 31, pp. 145-146, *passim*) con l'avviamento. La prima è, infatti, scopo della produttività dell'azienda ed è sinonimo di mercato; l'avviamento è, invece, un valore intrinseco dell'azienda gestita (cfr. sul punto, n. *La « tutela giuridica dell'avviamento com. »*, cit., pp. 678-679). V. più avanti, p. 153. Distingue la clientela dall'avviamento, FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 124.

(32) Cfr. CASANOVA, *Le imprese comm.*, Torino, 1955, p. 698; GRAZIANI, *Studi di dir. civ. e comm.*, Napoli, 1953, p. 457.

diminuzione d'incidenza sul mercato, non importa se più o meno grave.

Il solo periodo che ciò si verifichi è sufficiente perché il legislatore intervenga ad evitare che, per qualsiasi ragione e più per interesse solo privato dell'alienante, si sottragga all'azienda il mercato cui è interessata, per il quale ha prodotto e produce, nonostante il cambiamento dell'imprenditore. L'azienda, cioè, è vista dalla legge nel suo aspetto distintivo di oggetto destinato ad influire sulla ricchezza economica di tutti e, per questo motivo, non è permesso al titolare metterne in pericolo l'ambiente economico in cui l'azienda ha fino a questo momento operato, svolgendo il suo ruolo per la collettività oltre che per soddisfare le esigenze dell'imprenditore. Ed è ben comprensibile che il legislatore abbia dettato la norma richiamata, poiché, proprio nel momento del trasferimento, i contraenti, sotto la spinta d'interessi in conflitto, trascurano in principio la salvaguardia dell'azienda, nella sua qualità di ente per il mercato. D'altronde non spetta ad essi il preoccuparsene, se non ai fini di speculazione privata, poiché operano con il contratto, che vuol dire mezzo tecnico dato per l'assetto dei loro propri ed esclusivi interessi. Anzi, proprio per questo interviene la legge, integrando il contratto, come si dice con formula imprecisa, perché non si alterino le condizioni oggettive di mercato nelle quali l'azienda opera e sulle quali incide. Il legislatore ha tenuto in conto che l'azienda, oggetto del trasferimento, rappresenta indubbiamente un vantaggio per la collettività, mostrando di non sottovalutare il dato economico per cui una ricchezza attuale è da preferire ad altra eventuale.

E ricchezza attuale è l'azienda già strumento d'impresa del trasferente ed attuale strumento d'impresa dell'acquirente; mentre non è ricchezza la futura gestione di altra eventuale azienda dell'alienante, dati anche i possibili eventi sfavorevoli sia per la nuova azienda che per l'azienda trasferita, ben com-

prensibili in mancanza del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c. (33).

Ci sembra, dunque, che così interpretata la norma in esame si presenti di gran rilievo per affermare che l'azienda è tutelata nella sua integrità, sia pure in occasione del trasferimento da un imprenditore ad un altro; e ciò avviene per la valutazione legislativa del profilo produttivo dell'azienda, facilmente compromesso in assenza del divieto.

5. A questo proposito, ci pare degna di considerazione la disposizione secondo la quale anche l'azienda agricola è protetta quando è possibile uno sviamento di clientela, in relazione alle attività connesse (art. 2557 comma 5 c.c.). Nel caso, la legge separa nettamente la produttività del fondo rustico dalla produttività dell'azienda, con un richiamo cogente che chiarisce l'*iter* normativo ed elimina dubbi per l'interprete nella decisione della fattispecie concreta.

In sostanza, la legge estende la disciplina del divieto di concorrenza, dettata in principio per la tutela dell'azienda commerciale, all'azienda agricola, quando, a causa del trasferimento di questa, si verifichino le medesime condizioni di pericolo, già viste per l'azienda commerciale. E la normativa assume rilevanza non appena si rifletta che le attività connesse non sono attività commerciali (34) o, ciò che è lo stesso, non sono considerate dal legislatore attività commerciali, in ragione della loro con-

---

(33) La tesi prospettata nel testo ha, forse, sul punto in discorso, un precedente autorevole in SANTORO-PASSARELLI, *Saggi*, cit., p. 975, dove l'a. riferisce l'astensione dalla concorrenza ad una « obbligazione legale » da cui deriva « un successivo e duraturo comportamento negativo dell'alienante ».

(34) *Contra*, ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 362, per il quale le attività connesse sono tipicamente commerciali e per questo appunto si spiega l'estensione del divieto. Ma non si vede perché (se non alla luce dell'abrogato codice di commercio) le attività di trasformazione e di alienazione si debbano considerare tipicamente commerciali e non, invece, tipicamente economiche.

nessione che, per l'appunto, riceve la propria qualifica giuridica dall'attività principale (35).

Questa opera, infatti, rispetto all'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura e all'allevamento del bestiame ed ha rilievo sul presupposto normativo della normalità.

Nondimeno, per le attività connesse sussiste l'obbligo dell'alienante di astenersi dall'iniziare una nuova impresa che, per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze, sia idonea allo sviamento di clientela.

Qui si coglie con maggiore precisione la ragione che informa l'istituto. L'estensione del divieto mostra con innegabile evidenza la preoccupazione del legislatore di salvaguardare l'azienda agricola nel settore più esposto alla concorrenza, quello della trasformazione e alienazione dei prodotti, attività destinate ad incidere immediatamente sul mercato. Non già perché l'azienda agricola non sia in sé produttiva come l'azienda commerciale; bensì, al contrario, sul presupposto della produttività di cui la norma in esame è solo conferma emergente, perché in questo settore e, meglio sarebbe dire, in questo momento delle attività connesse, sussistono per il legislatore le medesime preoccupazioni già enunciate per l'azienda commerciale (art. 2557 comma 1 cc.). Questo momento, eventuale e non essenziale per l'azienda agricola, ne denota purtuttavia la linea di confine con l'azienda commerciale, contribuendo anche all'impostazione dell'una e dell'altra nell'unica realtà di *genus* (36).

L'alienazione e la trasformazione dei prodotti agricoli sono, in realtà, atti dell'impresa agricola e, per questo aspetto, la norma non pare impeccabile nella redazione. Rimane però fermo

---

(35) Né c'è bisogno, ci pare, di far capo ad una presunzione *iuris et de iure*, come vuole, ora, FERRANTE, *Le attività di trasformazione e di alienazione dei prodotti agricoli come attività connesse e come oggetto di imprese commerciali*, in *Riv. dir. agr.*, 1962, pp. 280 ss., p. 281. Cfr. l'ampia disamina di PAVONE LA ROSA, *Le attività connesse all'agricoltura ed il criterio della normalità*, in *Annali Univ. di Catania*, 1949, pp. 331 ss. *Adde*, SELLERIO ODDO, *Agricoltura, tutela dei prodotti agricoli*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 933 ss.

(36) V., sul punto, più avanti, p. 158, n. 6,

che l'imprenditore alienante non potrà, per il periodo previsto, iniziare, operando su altra azienda, un'impresa pericolosa all'azienda ceduta.

È questo il senso sicuro della normativa che riproduce la fattispecie già vista per l'azienda commerciale, non ponendo differenza di sorta che faccia pensare ad altra ragione sistematica. Vale, cioè, la considerazione dell'azienda agricola per riguardo alla specifica qualità di oggetto destinato ad influire sulle relazioni di mercato.

6. Un altro argomento a favore della veduta che veniamo esponendo è l'obbligo di gestione dell'azienda, posta dalla legge esplicitamente a carico dell'usufruttuario (art. 2561 c.c.), dell'affittuario (art. 2562 c.c.) e del sequestratario (art. 670 c.p.c.) di un'azienda.

Quest'obbligo è, in linea generale, sanzionato in vista della produttività (37) dell'oggetto del godimento o della custodia, ponendosi come un'ulteriore specificazione dell'amministrazione pura e semplice, intesa come attività non altrimenti qualificata, svolta dall'interessato al fine di utilizzare per sé, direttamente o indirettamente cogliendone i frutti, l'oggetto dello usufrutto e dell'affitto; o, nel caso di sequestro, al fine della conservazione per la restituzione. In proposito non ci sembrano dubbie le norme di legge (artt. 1001 e 1615 c.c., 685 c.p.c.) le quali, mentre comportano, sia pure per scopi a volta a volta diversi, l'obbligo dell'amministrazione, richiedono la gestione solo in presenza della produttività dell'oggetto del rap-

---

(37) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 44. Ora, la sintesi di FRAGALI, voce *Affitto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 729 ss., pp. 733 ss.

Al termine gestione diamo il significato palesato dalle norme positive in relazione all'attività di organizzazione e di amministrazone (v. anche, *retro*, nota (22) a p. 117), senza voler negare, peraltro, l'accezione più lata che sempre più decisamente si viene individuando in dottrina per contrapposto alla proprietà. In questa differente valutazione, la gestione assume un'autonoma valorizzazione per riguardo a profili molteplici e, in particolare, in riferimento all'impresa (v. nota (16) a p. 122).

porto. Si comprende allora come di gestione si debba parlare in caso di affitto, poiché di questo è caratteristica emergente proprio l'idoneità a produrre dell'oggetto, tratto che permette di distinguere l'affitto (art. 1615 c.c.) dalla locazione (art. 1571 c.c.), quale specie rispetto al genere.

In conseguenza, nei rapporti menzionati e per disposizione espressa di legge, la gestione è un obbligo che discende soltanto dall'oggetto, di per sé produttivo. Non è invece, meno che per l'affitto, un carattere proprio del rapporto, non fa parte della struttura sì da atteggiarlo definitivamente, essendo l'obbligo di gestione solo eventuale, solo presente in nesso di assoluta dipendenza dalla qualità produttiva dell'oggetto. Così, se per l'affitto l'obbligo di gestione è immanente al rapporto stesso tanto da qualificarlo rispetto agli altri rapporti di godimento, l'usufrutto potrà o non potrà comportare l'obbligo della gestione a seconda che l'oggetto del rapporto sia o no produttivo; il sequestro potrà o non potrà comportare quell'obbligo se l'oggetto sarà o non sarà produttivo.

Se ciò è in via generale, vale a più forte ragione per il problema qui considerato, perché quando oggetto dell'usufrutto, dell'affitto e del sequestro è l'azienda, le note norme espressamente richiamano l'obbligo di gestione, a carico dell'usufruttuario (art. 2561 c.c.), dell'affittuario (art. 2562 c.c.), del sequestratario (art. 670, n. 1 c.p.c.).

Segno certo, se le osservazioni svolte sono esatte, della produttività dell'azienda (38), vista come oggetto di quei rapporti e, s'intende, come oggetto unitario senza che vengano in conside-

---

(38) Si avvale della stessa argomentazione, FRAGALI, *op. cit.*, p. 734, onde stabilire il carattere produttivo dell'azienda commerciale, sia pure, però, in senso ampio e differente da quello da noi delineato.

È da notare che la dottrina migliore, non riconoscendo la produttività dell'azienda nel senso precisato, non parla di obbligo della gestione nelle fattispecie in argomento, preferendo l'altra dizione, meno impegnativa, di *onere* (DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., pp. 216 ss.) o di *compito* (PROVINCIALI, a p. 107 dello scritto richiamato alla nota 39). Cfr. anche: D'ANGELO, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1129 ss.; D'ORSI, in *Monitore trib.*, 1962, 1 ss.; FORCHIELLI, in *Dir. economia*, 1962, 202 ss.

razione alcuna i singoli elementi aziendali che presi a sé, possono come non possono essere forniti di produttività. Trattasi, dunque, di produttività propria dell'azienda cui la legge dà rilevanza, sotto il profilo dell'obbligo di gestione, che perde la giustificazione effettiva se avulso dalla tematica svolta.

Gli spunti adunati ci sembrano promettenti ad illuminare con maggior compiutezza gli istituti richiamati, in genere poco studiati o trattati preferibilmente sotto l'angusto angolo visuale dei diritti reali o addirittura fraintesi, ad onta della lettera medesima della legge, che se non è determinante in nessun caso, è pur sempre di un certo peso per l'interprete.

7. Conviene, a chiusura delle brevi note esposte, chiarire meglio in che veramente consista la produttività dell'azienda.

Abbiamo fin qui ragionato su norme di diritto positivo, senza riferimento alcuno alla produttività naturale dei singoli elementi aziendali, escludendo anzi che la tesi sostenuta sia in qualche modo collegata alla produttività naturale, cioè propria ed inerente alle componenti del complesso.

Pensiamo, infatti, che questa, eventuale e non necessaria, produttività sottostante non è idonea a reagire sull'azienda come tale né le conferisce il carattere di produttività. Sul punto c'è accordo in dottrina, salvo, ci pare, un'autorevole voce isolata (39) che, posta in principio la produttività dell'azienda, sia pure sotto il profilo della « capacità produttiva » genericamente intesa, considera tale carettere, che comporta il dovere di gestione, come proprio dell'*universitas*, genere ampio di cui l'azienda è una specie. A parte però che almeno un classico tipo di *universitas*, la biblioteca, non è in sé produttivo e non è dato cogliere in nessun modo la produttività delle sue singole componenti, in via generale è quanto meno ingiustificato parlare della produttività come carattere dell'*universitas*.

---

(39) Provinciali, *Il sequestro d'azienda*, Napoli, 1959, pp. 99 ss.

Il richiamo al genere *universitas* è per noi significativo poiché svaluta d'un tratto il concetto di produttività dell'azienda, e finisce per coincidere con il pensiero della dominante dottrina, la quale, come già ricordato, opera col criterio dell'organizzazione (40).

Nella dottrina in parola, nonostante siano molti gli spunti che, a nostro giudizio, avrebbero potuto portare a un ripensamento originale della questione, non è dato dunque di rinvenire una valida costruzione idonea ad evidenziare la peculiarità dell'azienda, consistente, per chi scrive, nella produttività.

È escluso che questa produttività sia un riflesso dell'altra sottostante e cioè propria dei singoli elementi; egualmente è escluso che essa sia il riflesso dell'attività dell'imprenditore, perché non si giunge alla meta operando col concetto di organizzazione, insufficiente di per sé, come già si è visto.

Si tratta, invece, di una produttività risultante dalla valutazione normativa, che colloca l'azienda fra l'imprenditore e il mercato, come oggetto degli atti d'impresa e fonte di produzione per i consumatori, per modo che i prodotti sono dell'azienda (cfr. art. 2598 n. 3 c.c.) e solo indirettamente dell'impresa, come dice la legge (art. 2569 comma 1 c.c.), mostrando così di seguire il sentire comune e di allontanarsi, nella dizione almeno, dalla sistematica accolta nelle norme precedenti, già citate. Parliamo di produttività normativa non certo nel significato immediato del termine e cioè intendendo che la universalmente riconosciuta capacità a produrre dell'azienda sia creata dal legislatore, a suo arbitrio; bensì nell'intento di porre in rilievo la valutazione che il legislatore ha dell'azienda come oggetto necessario dell'impresa in funzione del mercato e, in conseguenza, far emergere la ragione di fondo che anima il diritto positivo e giustifica la tutela data all'azienda come tale, per riguardo al profilo che interessa la nostra indagine. E poiché, co-

---

(40) Provinciali, *op. cit.*, p. 99 nota 1.

me si è già detto, l'azienda è necessaria per l'esistenza dell'impresa ed è tale solo perché si rivolge al mercato, ne discende in conseguenza che l'azienda è dalla legge voluta al servizio di un operatore economico al fine della produzione a soddisfacimento della clientela, punto di arrivo obbligato e funzione tipica della figura.

Ed è comprensibile, ci pare, che si parli dell'azienda come « organismo vivente », « organizzazione allo stato dinamico », che include « un *quid* animato e continuamente mutabile » rispondente « alla sua stessa attitudine biologica »; termini tutti metagiuridici, nondimeno significativi della peculiarità dell'azienda come posta dalle norme di diritto positivo. D'altronde, se la terminologia per lo più usata non è di ausilio, almeno a nostro giudizio, a rendere con esattezza il fenomeno studiato nella sua effettiva portata, è perché indica l'orientamento della dottrina che, nell'individuazione dell'azienda, non pare dare il giusto peso ai due poli della questione, imprenditore e mercato, preoccupata com'è d'inquadrare la figura in una categoria tradizionale o, invece, d'escludere tale possibilità.

Secondo la costruzione proposta, l'azienda è certo un'organizzazione allo stato dinamico; si presenta senza dubbio in divenire; ed è, dunque, un oggetto particolare dei rapporti giuridici: per l'unico motivo della configurazione che riceve dalla legge. Qui anche la ragione per cui preferiamo parlare della produttività dell'azienda usando il termine, assunto a sinonimo, di dinamica dell'azienda, onde evitare equivoci di sorta, avendo ben presente che produttività significa propriamente l'idoneità intrinseca e di fatto dell'oggetto a produrre frutti naturali (41), e per porre in rilievo il valore ed i limiti che il termine al tempo stesso denuncia.

---

(41) Il termine, però, tende sempre più a perdere il significato proprio ed è dalla dottrina ampliato col riferimento al reddito e alle utilità diverse dai frutti: cfr. FRAGALI, *op. cit.*, pp. 734 ss.

Precisato così l'argomento, sia pure per necessari sommi capi, non sarà difficile dare ragione, nelle pagine che seguono, della concezione dell'avviamento confortata per altro dal dato positivo, delineando in conseguenza la tutela dell'avviamento nella dinamica dell'azienda.

Capitolo VII

TUTELA DELL'AVVIAMENTO

Sommario: 1. Varietà di concezioni in dottrina sull'avviamento. Esclusione che la figura dell'avviamento sia posta dalla legge, generale e speciale. — 2. (segue) Esame delle disposizioni che menzionano l'avviamento: artt. 2424 e 2427 c.c. — 3. (segue) Art. 4 l. 23 maggio 1950, n. 253; art. 110 l. 27 luglio 1934, n. 1265. — 4. Nostra tesi. L'avviamento prende luce dalla dinamica dell'azienda ed è un valore che esprime la misura o il grado dell'effettiva capacità a produrre del complesso aziendale. — 5. (segue) Riprova della configurazione proposta nella l. speciale 27 gennaio 1963, n. 19. Applicazioni. — 6. La tutela dell'avviamento *de iure condendo*. Significato oggettivo della tutela auspicabile, riferita immediatamente all'azienda e mediatamente all'imprenditore. La fattispecie: cenni in via di anticipazione. — 7. Considerazioni riassuntive.

1. L'ampio interesse dedicato dalla dottrina all'avviamento ha trovato e trova ancor oggi la difficoltà preliminare di definire questa entità « misteriosa », di cui i pratici sopratutto avvertono la presenza nelle pieghe concrete delle contrattazioni (1).

Allo stato attuale dell'elaborazione (2), si può affermare che la sistemazione concettuale dell'avviamento non è ancora sicura (3); motivo per cui le moderne trattazioni pongono il quesito riferendo sulla veduta degli autori (4) e esprimono la loro adesione all'una o all'altra tesi, o, non di rado, ne combinano gli elementi (5) a tutto danno della comprensione del problema.

Parrebbe che a supplire la mancanza di un dato certo, vo-

---

(1) Carnelutti, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, p. 46.

(2) Per la messa a punto, Auletta, voce *Avviamento*, cit.

(3) Cfr. Pugliatti, *Beni e cose*, citt., pp. 44-45. È utile precisare al riguardo che la dottrina germanica non pone il problema: cfr., per tutti, Wieland e Enneccerus, nelle *opp. citt. retro*, p. 73 nota (43).

(4) V. ad es., De Martini, *L'usufrutto d'azienda*, cit., pp. 60 ss.

(5) Così, Ferrari, voce *Azienda*, cit., p. 695, n. 10.

gliamo dire tale al controllo del diritto positivo, sia piuttosto l'autorità dei cultori della materia, indiscussa ed indiscutibile. Ma già la disparità irriducibile delle costruzioni progettate fa sorgere i dubbi: l'avviamento inteso come «bene» (6), in stridente contrapposizione alla concezione dell'avviamento inteso come «qualità» (7), in assenza di un criterio univoco d'indagine (8) che conferisce alla medesima soluzione l'impronta di sensibili sfumature (9) o conduce ad indimostrate asserzioni (10); il richiamo costante a norme di legge, specie quelle sulla repres-

(6) Nella dottrina meno recente, per tutti, LA LUMIA, *Teoria giuridica dell'azienda commerciale*, cit., p. 413 ss.; CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, cit., p. 46 ss. (ora *Teoria generale del diritto*[3], cit., p. 129); VIVANTE, *locc. citt.*; POLACCO, *op. cit.*, p. 109; ora ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 15, nota 27; DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., p. 63, p. 69.

(7) Nella dottrina meno recente, per tutti, VALERI, voce *Avviamento d'azienda*, in *Novo dig. it.*, II, Torino, 1937, pp. 39-40; ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, cit., p. 270; ora, spec., MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano, 1942, p. 383; FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., nn. 46 e 47; MESSINEO, *op. cit.*, p. 112; ROTONDI, *op. cit.*, p. 96; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1961, p. 166; NOBILI, voce *Avviamento d'impresa*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1657; MOSCO, *La concorrenza sleale*, Napoli, 1956, p. 100; citazioni di giurisprudenza in vario senso in FORMICCINI, *Rassegna*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 61 ss.

(8) Ad es., POLACCO, *op. it.*, p. 109, afferma: « Vero è invece che se è innegabilmente un bene l'azienda commerciale propria di una persona, non può non esserlo in ciascuna delle parti dal cui insieme risulta, e più che mai in quell'elemento, sia pure immateriale, costituito dall'avviamento (*Achalandage*) che dell'azienda rappresenta l'essenziale carattestica... ». Ed invece, BRANCA, *op. cit.*, p. 221, osserva: « ... L'opinione che considera l'avviamento come un bene aziendale ha perduto molto terreno; e con ragione: l'avviamento come può essere uno dei beni dell'azienda se esso stesso risulta dalla combinazione di tutti i beni aziendali? ». Cfr. la puntuale osservazione di ARDEMANI, *L'avviamento dell'impresa*, Milano, 1958, p. 5.

(9) Cfr. MESSINEO, *op. cit.*, p. 111 ss., per il quale l'avviamento è qualità inseparabile dell'azienda; *contra*, ROTONDI, *op. cit.*, p. 95.

In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 10 luglio 1962, n. 1819, in *Mass. Foro it.*, 1962, c. 549, che considera l'avviamento qualità non necessaria dell'azienda; v. anche App. Firenze, 6 settembre 1962, in *Giur. tosc.*, 1962, p. 553.

(10) PRATIS, *op. cit.*, p. 115, scrive: « L'avviamento, quando sia aderito all'immobile durante l'esercizio di un determinato commercio da parte del conduttore, vi resta per alcun tempo dopo lo sfratto, tanto se l'immobile viene immediatamente rioccupato da un'azienda affine, quanto se resti vuoto ».

sione della concorrenza sleale (11), che non dicono nulla (12) sulla valutazione giuridica dell'avviamento e sono dettate per esigenze specifiche differenti e ben determinate; ed infine, il riferimento dell'avviamento ora all'impresa (13), ora all'azienda (14), ora all'impresa e all'azienda insieme (15), pare a noi indicare molto chiaramente il carattere precipuo dell'elaborazione dottrinale, consistente nella libertà da vincoli normativi per la mancanza di regole legislative attinenti all'avviamento. Qui il difetto, pensiamo, e qui il pregio delle trattazioni che, da noi specialmente, hanno richiamato tanta attenzione. Infatti, sia l'abrogato ordinamento sia l'attuale non conoscono disposizioni che illuminano in qualche modo l'avviamento, non ne pongono la nozione (16) né consentono di ricostruirla in modo sia pure indiretto. Quando lo menzionano, esse non dicono niente sulla « natura » dell'avviamento, come è stato esplicitamente notato (17).

2. L'esame delle norme che nominano l'avviamento, conferma infatti come queste non possano orientare.

Prime fra tutte, le disposizioni del codice civile che stabiliscono una regola contabile: art. 2424, comma 1°, n. 5 e art. 2427. Esse s'integrano a vicenda e dalla loro interpretazione pregnante si deriva che, nella considerazione delle parti contraenti, l'avviamento è stato valutato nella misura concordata e si è ver-

---

(11) La dottrina è, in questo senso, concorde: per tutti, MESSINEO, *op. cit.*, p. 111; e DE MARTINI, *op. cit.*, p. 69. Da ultimo, FERRARI, *op. cit.*, p. 697.

(12) Esattamente, PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., p. 45.

(13) Spec., ora, NOBILI, voce *Avviamento d'impresa*, cit.

(14) È questa, com'è noto, la tesi sostenuta dalla stragrande maggioranza degli aa.: al riguardo, la sintesi di AULETTA, voce *Avviamento*, cit., pp. 633 ss.

(15) In questo senso, ci pare, ora, AULETTA, *op. cit.*, p. 634, dove si definisce l'avviamento « capacità di profitto, la quale, benché propria dell'impresa in senso lato, viene imputata all'azienda ».

(16) Il rilievo è esplicito in JEMOLO, *Proprietari d'immobili*, cit., p. 51, sia pure in riferimento all'art. 2427 c.c.

(17) RASELLI, *Sulla tutela dell'avv.*, cit., p. 67.

sato, a questo titolo, una somma di danaro. La legge, cioè, sul presupposto chiaro che non si deve dare un valore all'avviamento in sede di bilancio e d'inventario, si preoccupa di ridurre in ogni modo il divario tra utile apparente e utile effettivo e ammette l'eccezione. Ed è esattamente il senso rigoroso della normativa ad escludere un significato preciso ed univoco del termine avviamento, che richiama realtà differenti e varie, a seconda delle previsioni di chi ha ceduto e di chi ha acquistato l'azienda. Le parti possono ben aver stimato in danaro la rendita di posizione dei locali, la clientela già affezionata, come l'altra, indefinita e indefinibile, che, secondo i calcoli, potrà essere acquisita all'azienda; o, ancora, benefici del tutto estrinseci e accidentali, come ad esempio la costruzione prossima di un'importante strada aperta al traffico e così di seguito. Si può dire con certezza che nelle due norme, il termine avviamento è adoperato nel significato tutto generico di coefficiente di ricchezza dell'azienda, nell'entità monetaria dalle parti stabilita. Non altro.

La dizione legislativa rispecchia una realtà sociale e ad essa rimanda, senza alcuna pretesa tecnica.

Rimane (18) pur sempre il preciso dovere contabile (19) di provvedere alla ripartizione delle quote di ammortamento, conforme al principio, prima economico e poi giuridico, di distinguere il prezzo pagato dal valore reale della ricchezza conseguita, e sempre per la esigenza ricordata di corrispondenza alla verità della registrazione contabile, che dà ragione delle due disposizioni.

Ma detto questo, non si può ancora affermare che i due articoli citati suggeriscano un qualche spunto per delineare la figura

---

(18) De Martini, *L'usufrutto d'azienda*, cit., p. 64; Messineo, *op. cit.*, p. 111.

(19) De Gregorio, *La valutazione dell'avviamento nel bilancio delle imprese sociali*, in *Scritti in onore di Antonio Scialoja*, II, Bologna, 1953, pp. 246-247. Diffusamente, Pugliatti, *Beni e cose*, cit., p. 30 ss., spec. pp. 37-38. Cfr. Raselli, *loc. cit.*

dell'avviamento in senso giuridico, proprio perché dell'avviamento parlano in modo tutto generico e non vincolante. Del resto, è sintomatico che gli autori, nel proporre soluzioni opposte del problema, chi considerando l'avviamento una « qualità » (20) dell'azienda, chi sostenendo la tesi dell'avviamento come « bene » (21), richiamino le norme in questione a conferma delle rispettive e divergenti vedute. E se già la discordanza denuncia la debolezza dell'argomento di prova, le considerazioni svolte confermano che gli artt. 2424 e 2427 c.c. non aiutano nell'indagine. Questi, in realtà, non pongono il problema né lo risolvono, poiché sono informati da altra ragione.

Rimane, allora, di scarso valore probante il rilievo critico che fa leva sull'elemento testuale della collocazione dell'avviamento fra i beni immateriali (art. 2424 c.c.) e perde rigore la conseguente conclusione, secondo la quale, in caso contrario, si dovrebbe negare la qualifica di bene non solo all'avviamento ma anche al marchio, che immediatamente lo precede, come agli altri beni menzionati nell'articolo (22).

A parte la considerazione che nella disposizione sono contemplate unitamente cose (immobili, impianti e macchinari, ecc.) e beni in senso giuridico (marchio, brevetto, ecc.) e non solo beni, sta di fatto che, per l'interpretazione coordinata dell'art. 1424 c.c. con l'art. 1427 c.c., l'avviamento può dirsi un bene nella valutazione delle parti che a questo titolo hanno rispettivamente pagato e riscosso una somma di danaro; può dirsi. cioè, che esse hanno posto l'avviamento sullo stesso piano degli altri beni immateriali propriamente tali e delle altre cose, poiché l'hanno fatto oggetto di accordo. E, in questo senso, è certo che l'avviamento va considerato bene in senso economico e soggettivo: le disposizioni rimandano appunto a questa realtà di

---

(20) Spec. MESSINEO, *loc. cit.*

(21) Spec. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., p. 64.

(22) DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., p. 65. Marcatamente, BALLETTA, *Esame critico della dottrina in tema di avviamento*, in *Riv. dir. ind.*, 1954, II, p. 156.

fatto, la presuppongono e la regolano al solo effetto contabile. L'avviamento è per le due disposizioni in esame esattamente quello che è per i privati, entità, cioè, solo economica, variabile e per essenza del tutto contingente; e su questo dato l'interprete non è in condizioni d'elaborarne, sia pure mediatamente e per derivazione induttiva, la figura giuridica. A nostro giudizio, il termine è usato nei due articoli citati in senso atecnico e sociale di coefficiente di ricchezza dell'azienda.

L'averne indicato il significato tutto generico, è argomento a non ritenere la dizione delle due disposizioni sufficientemente orientativa nella questione che ci occupa.

Inoltre, a ben vedere, non si sa a che riferire l'avviamento ivi menzionato: se all'azienda o invece all'impresa, ben potendo pretendere, chi trasferisce, un compenso per l'opera sua personale d'imprenditore oculato e capace e, chi acquista, riconoscerlo, nella speranza, a sua vedere abbastanza fondata, di mantenere quella ricchezza per cui appunto versa una somma di denaro. È il caso dell'avviamento imputabile, tutto o in parte, all'imprenditore, che, a rigore, è insuscettibile di esser trasmesso.

Nondimeno, nella pienezza della loro autonomia, le parti contraenti lo ritengono imputabile all'azienda e trasferibile. In questa ipotesi, la legge chiaramente intende l'avviamento nello stesso modo in cui l'intendono le parti e ad esse si rimette per il solo fatto che lo hanno valutato in denaro, stabilendone il prezzo, per la ragione tutta contabile già richiamata a fondamento della normativa.

Così pure e per lo stesso motivo, avviene quando l'avviamento è imputabile all'azienda e non all'imprenditore, e cioè nell'ipotesi presa a modello dalla dottrina, ma certo non esclusiva ed assorbente. Anche in questo caso, la legge non pone criteri per l'individuazione dell'avviamento in senso giuridico, poiché, sul fatto che un prezzo sia stato pagato, non discrimina le due differenti fattispecie.

Dalla legge deriva soltanto che l'avviamento è un elemento del patrimonio (23).

Di modo che, nelle disposizioni citate (artt. 2424, 2427 c. c.), il termine avviamento può indifferentemente riferirsi sia all'imprenditore che all'azienda, denunciando la sua propria atecnicità e irrilevanza a configurare l'avviamento in senso giuridico: richiama direttamente una realtà sociale, che, in quanto tale, si presenta sotto molteplici aspetti e la regola al solo effetto contabile.

Nonostante l'espressa menzione, le due norme non fanno luce sul problema dell'avviamento; e così dev'essere, dal momento che non lo pongono, né direttamente né indirettamente.

3. Non ci sono altre disposizioni del codice che espressamente parlano dell'avviamento (24). Il termine ricorre, invece, nella legge 23 maggio 1950, n. 253, all'art. 4, che prevede appunto la possibilità di « corrispondere un congruo compenso al conduttore che provi l'avviamento di cui il locatore si avvantaggia per effetto dell'opera del conduttore ». Trattasi di norma *eccezionale* (25) e transitoria, che s'inserisce nel regime vincolistico delle locazioni urbane, dalla quale, a nostro parere, non si può evincere la nozione dell'avviamento in senso giuridico.

---

(23) Sul punto criticamente, PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., p. 44.

(24) Altre disposizioni del codice, citate spesso dalla dottrina, sono previste per la repressione della concorrenza sleale, come si è ricordato, o contemplano fattispecie specifiche (come ad es., l'art. 2561 c.c.); sicché non contengono nemmeno indirettamente quei minimi dati indispensabili alla configurazione dell'avviamento. Cfr., invece, DE MARTINI, *op. cit.*, p. 69, il quale argomenta dal secondo comma dell'art. 2561 c.c. per riferire la « conservazione dell'efficienza organizzativa » alla figura dell'avviamento come bene dell'azienda. A nostro parere, il coordinamento dell'articolo 2561 c.c. con l'art. 997 c.c. stabilire che la prima norme risponde all'esigenza tipica dell'usufrutto e non fa luce sull'avviamento (cfr. anche AULETTA, *Dell'azienda*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, libro V, Del lavoro, Bologna-Roma, 1947, pp. 75-76, il cui pensiero non ci pare inteso correttamente da DE MARTINI, *loc. cit.*).

(25) *Contra*, PRATIS, *op. cit.*, pp. 150-151 ss. Cfr. anche, MURANO, *op. cit.*, pp. 212-213, il quale non si pronuncia sul carattere eccezionale della legge.

Anche a prescindere dall'accettabile spiegazione della ragione ispiratrice della disposizione (26), che indubbiamente pone un temperamento al sistema della proroga, bisogna intendere la fattispecie legislativa nella sua esatta portata. Ivi si prevede un compenso per l'imprenditore uscente, subordinatamente alla prova dell'« avviamento di cui il locatore si avvantaggia per effetto dell'opera del conduttore », sempre che il locatore, dimostrata l'urgente ed improrogabile necessità, gestisca l'impresa nel locale di sua proprietà, e sempre che « si tratti della stessa attività commerciale già esercitata dal conduttore ». In altre parole, si cerca di ovviare in questo settore, così delicato, a che l'imprenditore subentrante si avvantaggi indebitamente di quanto è dovuto all'opera di chi lo ha preceduto nell'esercizio della stessa attività commerciale nel medesimo locale. E, si noti, chi subentra non aggiunge al complesso aziendale un nuovo bene, che non gli deriva dal precedente imprenditore, ma utilizza circostanze più favorevoli all'esercizio della propria impresa, per altro estranee all'azienda del nuovo imprenditore.

La legge vuole evitare che, sia pure di pieno diritto, il locatore faccia come la civetta pigra che occupa il nido altrui già riscaldato. Riferito all'« opera del conduttore », l'avviamento è, in questo caso, quel risultato della gestione precedente, che l'imprenditore subentrante può eventualmente lucrare; risultato tutto generico che la disposizione non permette di qualificare in qualche modo; in cui possono confluire elementi disparati come la clientela, come l'utilizzazione del prestigio raggiunto dalla precedente gestione, attuata per esempio col rialzo dei prezzi dei prodotti della nuova azienda, indipendentemente dalla permanenza o variazione della clientela. Parimenti, il risultato della precedente gestione può essere favorevole al nuovo imprenditore sia che derivi direttamente dal conduttore uscente a motivo della sua personale capacità e fortuna com-

---

(26) ROTONDI, *loc. cit.*; AULETTA, voce *Avviamento*, cit., p. 636.

merciale, sia che attenga propriamente all'azienda per l'efficienza specifica della stessa nell'impresa del primo imprenditore. La norma in esame non consente di scegliere tra le due ipotesi, potendosi riferire il termine avviamento, di cui all'art. 4, indifferentemente all'imprenditore come all'azienda.

A ben vedere, toglie un senso rigoroso alla dizione legislativa proprio l'« opera del conduttore », che nella fattispecie normativa origina l'avviamento, poichè porre in rapporto necessario le due realtà significa intendere l'avviamento in modo ampio e comprensivo e del tutto empirico, a causa della generica « opera del conduttore ». L'espressione può riferirsi all'opera personale dell'imprenditore uscente e, quindi, alla sua propria oculatezza e capacità, come, invece, all'opera organizzativa del complesso, e, quindi, più direttamente all'azienda. È del resto, sintomatico che in dottrina (27), quando si è voluto dare al termine avviamento un significato univoco, precisando che per « opera del conduttore » s'intende l'opera organizzativa dell'imprenditore uscente, si è ristretta la portata della disposizione alla seconda delle ipotesi indicate e si è esclusa la prima senza sufficiente ragione.

Ma anche in questo caso, la legge si serve di una terminologia usuale senza nessuna pretesa tecnica. L'avviamento, di cui trattasi, è un valore, apprezzabile economicamente, dipendente dall'opera di un altro soggetto, il quale ha agito nello stesso locale; valore che, innegabilmente, può essere utilizzato dal secondo imprenditore esercente la medesima attività nello stesso locale. Circostanze, queste, troppo eloquenti per richiamare, come se niente fosse cambiato (e, invece, tutto è cam-

---

(27) De Martini, *Rilevanza dell'attività dell'imprenditore e dell'avviamento nella configurazione dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 113, nota 40. Non così, Murano, *op. cit.*, p. 213, il quale, pur affermando il riconoscimento esplicito della tutela dell'avviamento ad opera della legge (p. 212), indica il senso della dizione nel « risultato dell'attività economica (lavorativa) svolta dal conduttore ». In effetti, come diciamo nel testo, la disposizione non si presta ad un'interpretazione rigorosa. Può esserne indice la rilevata discordanza degli autori.

biato: soggettivamente — imprenditore — e oggettivamente — azienda), benefici specifici, come, ad esempio, l'attenzione della clientela.

Sul fatto oggettivo ed incontestabile dell'esercizio della stessa attività commerciale già espletata dal conduttore, la legge prevede il caso che il proprietario dell'immobile goda indebitamente un vantaggio derivantegli dalla precedente gestione altrui e regola l'ipotesi concretendo il diritto al compenso del conduttore uscente solo nei limiti di fatto dell'indebito arricchimento del nuovo imprenditore.

Oggetto giuridico della tutela è questo indebito arricchimento e non l'avviamento, che ne è il presupposto, eventuale e non necessario. Come tale, è semmai l'oggetto mediato e sociale della tutela: è, se si vuole, un bene economico ma non giuridico.

La legge non pone, dunque, il problema dell'avviamento giuridico, muovendosi in tutt'altra direttiva (28).

Non illumina la questione un'altra disposizione speciale, ma non transitoria come la precedente, che stabilisce un compenso a titolo di avviamento a carico del concessionario di una farmacia e a favore dell'imprenditore precedente o dei suoi eredi (art. 110 t.u. leggi san. 27 luglio 1934, n. 1265).

L'avviamento è menzionato nell'art. 110 cit. a disorientamento, pensiamo, dell'interprete, e solo a prima vista sembra contribuire alla soluzione della questione. La fattispecie comporta l'obbligo del « concessionario di rilevare dal precedente titolare o dagli eredi di esso gli arredi, le provviste e le dotazioni attinenti all'esercizio farmaceutico, contenuti nella farmacia e nei locali annessi, nonché di corrispondere allo stesso titolare o ai suoi eredi un'indennità di avviamento in misura corrispondente a tre annate del reddito medio imponibile della

(28) D'altro avviso, recentemente, FERRI, *Considerazioni*, cit., p. 133; FRAGOLA, *Avviamento com. ed esercizio cinematografico*, in *Rass. dir. cinem.*, 1963, p. 35.

farmacia, accertato agli effetti dell'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile nell'ultimo quinquennio ».

Parrebbe la legge indicare nell'avviamento un elemento essenziale dell'azienda farmaceutica, indefettibile e di tale rilievo da farne oggetto del diritto del precedente titolare all'indennità cui è tenuto il concessionario; e sotto questo profilo, la disposizione parrebbe avallare espressamente la concezione dottrinale che qualifica l'avviamento un bene, possibile oggetto di rapporti giuridici.

Senonché l'avviamento, come posto dall'art. 110 cit., sarebbe essenziale solo all'azienda farmaceutica che non sia di nuova istituzione; le altre di nuova istituzione sono espressamente escluse dalla previsione legislativa. Per tale delimitazione, l'avviamento verrebbe in questione solo per l'azienda gestita almeno per un intero ciclo e cioè quando al primo esercente subentra un concessionario; e siccome l'indennità di avviamento deve essere corrisposta in una misura fissa, in ogni modo ed indipendentemente dall'accertamento della sua esistenza, il subentrare del concessionario al primo titolare segna il momento in cui questo c.d. avviamento nasce per esaurirsi nel pagamento della quota in danaro stabilita *ex lege*, senza possibilità di valutazione alcuna intorno alla sua effettiva presenza e intorno alla sua effettiva consistenza economica.

Cosicché questo elemento indefettibile nascerebbe esclusivamente dalla legge, senza che nessun rilievo possa avere l'opera dell'imprenditore nell'organizzazione dei beni; né atterrebbe immediatamente all'interdipendenza funzionale del complesso aziendale: nascerebbe solo in rapporto, necessario e sufficiente, all'indennità, prestabilita sia nell'ammontare spettante come nella modalità dell'accertamento contabile (art. 110, comma 2°, art. 105 l. cit.).

In realtà, proprio perché deriva inequivocabilmente dalla legge questo avviamento esula dall'azienda, ne è estraneo e, per definizione, non può essere un elemento della stessa. Per

eguale ragione non si riferisce nemmeno all'impresa, nonostante possa trarre in inganno la dizione legislativa che accenna all'« esercizio » dell'attività commerciale. Né mira a proteggere il passaggio al concessionario della clientela (29), già acquisita alla farmacia dal precedente imprenditore, dal momento che l'obbligo di corrispondere l'indennità di avviamento è posto in astratto dalla disposizione e non si può addurre a spiegazione della norma la tutela della clientela come entità economica, se non nel senso generico e tutto sociale di precedente empirico della stessa, al pari degli altri che possano aver consigliato il legislatore all'emanazione della disposizione. Nell'espressione legislativa, che non consente nessun rilievo tecnico, l'avviamento è un puro suono: equivale, se si vuole alla generica indennità di buona uscita; e ciò che importa si deve *ex lege*, in ogni caso. Il termine non può ingannare; è usato anche in questa sede nel significato onnicomprensivo e impreciso della pratica usuale. L'avviamento, così inteso, non ha consistenza giuridica e non è un bene in senso stretto, poiché non forma oggetto di tutela. È caso mai l'indennità, come somma di danaro, ad essere oggetto specifico dell'obbligo *ex lege* del concessionario a favore del primo imprenditore, il quale è per altro titolare della corrispondente azione.

A conclusione delle osservazioni che precedono, dobbiamo ricordare con la migliore dottrina che non sono di alcuna importanza per il nostro problema gli accenni all'avviamento nelle leggi tributarie poiché in esse le espressioni « non debbono essere apprezzate con un criterio rigorosamente giuridico perché quelle leggi hanno in vista il fenomeno economico e null'altro, mirano a colpire, ed è naturale, il valore di una o più cose, non già a riconoscere il valore stesso come una cosa a sé » (30). L'orientamento è, del resto, universalmente seguito, né occorre fermarsi ulteriormente sull'argomento.

---

(29) Così, invece, AULETTA, voce *Avviamento*, cit., p. 634.

(30) VALERI, *op. cit.*, p. 39.

4. L'indagine che precede è servita, almeno nell'intento di chi scrive, ad escludere che nella legge, sia generale sia speciale, l'avviamento abbia quel riconoscimento che secondo la dominante dottrina invece avrebbe.

Il risultato negativo non ostacola però la sistemazione logica e giuridica dell'avviamento, anche se certamente rende più ardua la fatica. Pensiamo, infatti, che la corretta individuazione dell'avviamento discenda dall'attenta considerazione della peculiarità dell'azienda e cioè dalla dinamica della stessa. Considerato in questa, l'avviamento trova il suo posto nel nesso di reciprocità di ogni singolo elemento che forma il complesso; reciprocità che vuol dire idoneità dell'uno elemento, sia cosa o bene, a combinarsi con gli altri nella sintesi funzionale aziendale; ed è, propriamente, il tessuto connettivo dell'oggetto su cui incide l'impresa dell'imprenditore. Conseguentemente, l'avviamento sta al centro dell'azienda ed è il segno della riduzione dalla varietà all'unione perché quanto più è elevata l'attitudine di ogni componente a coordinarsi con tutti gli altri, proporzionalmente si attenua e scompare, agli effetti della funzionalità, l'eterogeneità (d'origine), che rimane di puro dettaglio a contrassegno delle individualità.

Il significato generale della terminologia che adoperiamo, trova il necessario rigore quando si ponga mente ai molteplici elementi che si combinano tra di loro. L'uno sta in rapporto all'altro e tutti stanno in rapporto tra loro; e ciò appunto per il carattere dinamico dell'azienda, come si è già ricordato (31). Ne viene in conseguenza che l'azienda è suscettibile di essere valutata nell'efficienza funzionale che può essere differente a seconda della maggiore o minore capacità di ogni cosa o di ogni bene a reciprocamente integrarsi al fine della produzione per il mercato.

I singoli elementi considerati nella loro unione danno l'avviamento, che non coincide con quelli né con questa e quindi

---

(31) *Retro*, pp. 117 ss.

non con l'azienda. Di quelli segna il grado di interdipendenza; di questa segna il grado di efficienza funzionale.

In una formula di sintesi, l'avviamento è dunque un valore che esprime la misura o il grado dell'effettiva capacità a produrre dell'azienda. Non è un bene in senso specifico perché non si costituisce ad oggetto immediato di tutela; non è una cosa né materiale né immateriale perché pel diritto non si hanno cose materiali e cose immateriali, bensì « due categorie di beni, materiali ed immateriali, a seconda che abbiano come termine di riferimento oggettivo cose (materiali) o entità (immateriali) » (32); non è una qualità né delle individualità del complesso né dell'azienda. Esprime semmai la qualità del rapporto dei singoli elementi tra loro e quindi con l'insieme; ed è solo in senso mediato qualità dell'azienda, essendo di questa, più precisamente, un valore.

La distinzione proposta tra qualità e valore vuole rendere con maggior precisione la realtà dell'avviamento; e la terminologia adoperata si presta anche ad evidenziare il rilievo, nelle contrattazioni, dell'avviamento quale « prezzo » dell'azienda, come si dice nel linguaggio degli affari.

D'altronde, la concezione esposta trova riprova nella legge vigente, più volte ricordata, che s'intitola all'avviamento commerciale.

Al riguardo è opportuno chiarire che il riferimento alla legge speciale non è ostacolato dall'indole della stessa poiché nel caso nostro non si vuole estendere l'ambito della disciplina, dichiarandola applicabile oltre i limiti; si vuole, invece, indurre dalla norma un concetto per la migliore sistemazione di una figura, che non trova il suo punto di equilibrio nelle discordanti vedute della dottrina.

La precisazione metodologica, corretta in via di principio, vale maggiormente per la recente legge che tratta *ex professo* dell'avviamento ed è la sola a palesarne i contorni giuridici.

---

(32) Pugliatti, *Beni e cose*, cit., p. 105.

Ponendo, sia pure agli effetti di una singola fattispecie normativa, una necessaria relazione di dipendenza dell'avviamento dall'interdipendenza degli elementi aziendali in rapporto con l'insieme, la legge prevede la diminuzione di avviamento a motivo del venir meno di un elemento, immobile nel dato di specie, mostrando, così, di operare sul concetto più ampio delineato.

5. Proseguendo nell'indagine intrapresa, si può affermare che, sfrondando ogni senso generico del termine, la disposizione richiamata ha posto in rapporto necessario l'avviamento con un elemento dell'azienda, conducendo l'interprete ad individuare l'avviamento giuridico nella misura dell'efficacia del complesso organizzato in azienda. Con che ha posto le basi giuridiche per l'elaborazione di quella figura, fino ad ora studiata dalla dottrina senza un riferimento preciso nell'ordinamento legislativo.

Come misura dell'efficienza aziendale, l'avviamento è un valore intrinseco dell'azienda e non può essere che oggettivo. Nella concezione legislativa non c'è posto per l'avviamento soggettivo di cui si parla in dottrina (33). Nella sistematica positiva, a nostro giudizio almeno, la capacità ed il genio dell'imprenditore non influiscono sull'avviamento, attinente esclusivamente all'interdipendenza di cose o beni, unificati dalla destinazione unitaria, che danno esistenza all'azienda: l'opera organizzativa dell'imprenditore assume il ruolo di precedente e di presupposto, esula dalla fattispecie normativa, che regola la realtà oggettiva dell'azienda in sé considerata e all'opera dell'imprenditore non si riferisce se non nel senso, tutto mediato e generico, di collegamento con la destinazione unitaria di cose e beni, voluta ed at-

(33) Secondo l'insegnamento del Rotondi, nelle opere dall'a. ricordate in *Progetti e discussioni*, cit., p. 96, nota 11. V., ora, Candian, *op. cit.*, p. 170 e p. 171, per il quale l'avviamento è un « attributo o qualifica soggettiva dell'imprenditore, e dell'azienda soltanto in senso traslato ». Cfr., invece, bene, Franceschelli, *op. cit.*, 124.

tuata dal soggetto agente. Collegamento di fatto che non influisce minimamente sulla disciplina legislativa e si pone, se si vuole, a sostrato della disposizione, esattamente come in ogni caso in cui la norma, regolando l'oggetto, presuppone il soggetto. L'avviamento soggettivo, qual'è quello immediatamente imputabile alla persona dell'imprenditore, non è, dunque, l'avviamento in senso giuridico, come si desume dall'indagine di stretto diritto positivo. L'aver distinto l'avviamento in oggettivo e soggettivo, mostra, per lo più, che nel silenzio della legge la dottrina ha elaborato la nozione in aderenza alla casistica concreta: ed in quel settore la distinzione è certamente lecita.

Dallo stesso ordine di idee deriva una precisazione di non scarsa importanza. Posto che l'avviamento giuridico è un valore dell'azienda e, più propriamente, è misura ed indice dell'efficienza della stessa, è opportuno riflettere che, perché avviamento ci sia, deve trattarsi di azienda gestita e non di azienda destinata (34).

Esprimendoci con la terminologia in uso, occorre che l'azienda sia il termine oggettivo della produzione dell'impresa e non sia un'azienda senza impresa, cioè non ancora gestita, o, come a nostro giudizio è preferibile dire, non sia un'azienda (soltanto) destinata (35). La nozione dell'avviamento, come s'induce dalla normativa recente, non vale per l'azienda che, realizzata da chi non è imprenditore, completa e non ancora in attività, non è strumento d'impresa. Non si può parlare di efficienza organizzativa per l'azienda destinata, per quell'azienda, cioè, che, voluta ed organizzata da chi è deciso a cederne ad altri la gestione, non è per ipotesi azienda d'impresa in esercizio; né si può pensare di misurare

(34) In argomento, De Martini, *Rilevanza dell'attività dell'imprenditore*, cit., pp. 101 ss.

(35) Greco, nota (anonima) a Cass., 14 febbraio 1952, n. 370, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, pp. 305 ss., ritiene, invece, che il concetto di azienda postuli necessariamente l'attualità dell'esercizio dell'impresa. L'affermazione dell'a. è criticata efficacemente da De Martini, *op. cit.*, p. 103 ss., spec. pp. 111-112.

un'efficienza che non esiste. Semmai in casi del genere, si fa questione d'idoneità dell'azienda all'esercizio dell'impresa; idoneità più o meno spiccata a seconda del criterio preso in considerazione; ma si tratta, in ogni modo, d'idoneità all'efficienza, come poi si manifesterà nell'attualità dell'esercizio. Se l'azienda non è strumento di produzione in atto — e sotto questo profilo assorbente viene menzionata dall'art. 2555 c.c. —, l'interdipendenza di cose o beni, da cui risulta congegnata, non può per ipotesi subire alterazioni di sorta e non sorge questione sull'avviamento. All'azienda senza impresa manca l'avviamento (36): o manca l'avviamento giuridico, che è l'unico qui ad interessare.

Quanto si viene affermando, fa un po' il punto sulla discussa questione e contribuisce alla migliore valutazione della azienda non ancora gestita rispetto all'azienda già strumento di impresa. È indubbio, infatti, che l'azienda, siccome mezzo qualificato per la produzione (artt. 2082 e 2555 c.c.), debba essere considerata di regola nel suo aspetto tipico di complesso organizzato al centro di un'impresa funzionante. Quivi la azienda si manifesta nella sua compiutezza che vuol dire, prima di tutto, efficienza come idoneità reciproca dei singoli beni e cose unitariamente destinati alla funzione cui servono.

Il sistema legislativo è tutto articolato su questa visione realistica ed orientativa la stessa collocazione delle norme in materia nel libro del lavoro, che — come è stato detto (37) — pone essenzialmente una disciplina di attività. Indice dell'efficienza organizzativa è l'avviamento, tipico ed esclusivo valore dell'azienda gestita, perché, come valore tutto concreto che si pone fra i singoli elementi aziendali e l'insieme,

(36) Ci poniamo, sia pure per altre considerazioni, sulla scia della dottrina, davvero non predominante, secondo la quale l'azienda senza impresa non ha avviamento: Giordano, *Se possa esistere azienda senza avviamento*, in *Foro it.*, 1950, I, 440 ss.; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1949, p. 269.

(37) De Martini, *Rilevanza dell'attività dell'imprenditore*, cit., p. 111.

ne mette in luce il grado di « sintesi funzionale » raggiunta. La felice formula, proposta (38) ed accolta (39) in dottrina, pone particolarmente in rilievo la realtà dinamica su cui si fonda l'avviamento: una sintesi funzionale postula il fatto oggettivo della azienda d'impresa in esercizio. Invece, nell'azienda destinata, e cioè non ancora gestita, non esiste sintesi funzionale, ma solo beni e cose, idonee alla produzione e per questo unitariamente destinate e vincolate allo scopo dal disponente, sia o non sia imprenditore; conseguentemente manca l'avviamento, l'effettivo indice della sintesi funzionale, attinente all'interdipendenza di cose e beni nell'attualità dell'esercizio imprenditoriale.

Nell'azienda senza impresa prende il posto dell'avviamento la valutazione soggettiva ed extragiuridica della futura ed ipotetica efficienza organizzativa; valutazione empirica e mutevole che nella terminologia corrente della dottrina e della giurisprudenza viene indicata come « idoneità a produrre » o, meno bene, come « idoneità all'uso ». Ma ragionare così dell'avviamento è ridurre in termini soggettivi e di fatto la realtà tutta oggettiva e giuridica dell'avviamento.

6. La concezione dell'avviamento quale valore dell'azienda trova riscontro nella legge, come siamo venuti fin qui chiarendo.

Riteniamo, per altro, che posta in principio l'unità del concetto di azienda oltre l'ambito del diritto commerciale (40), lo

---

(38) Da De Martini, *Pertinenze ed elementi costitutivi di « universitas rerum »*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 272.

(39) V. infatti, Pugliatti, *op. cit.*, p. 301, nota 106.

(40) Pugliatti, *Beni e cose*, cit., pp. 260 ss.; Betti, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, Milano, 1957, p. 3; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civ.*. cit., pp. 70 ss.; Romagnoli, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, pp. 125 ss., p. 178 nota (152) dove bibliografia; Carrara-Santini, voce *Contratto agrario*, in *Enc. dir.*, X, 1962, pp. 12 ss.; Carrara-Romagnoli, voce *Azienda agraria*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1958, pp. 141 ss.; Ferrari, voce *Azienda*, cit., pp. 700 ss. V. anche, Irti, *Dal diritto civile al diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1961, I, pp. 227 ss.; e *Appunti per una classificazione dei contratti agrari*, *ivi*, pp. 670 ss.; Ragusa Maggiore, *Per un tentativo di sistemazione dell'impresa agraria*,

avviamento non debba porsi in esclusivo riferimento all'azienda commerciale, bensì all'azienda considerata quale oggetto di rapporti giuridici, e quindi presente anche nell'azienda agricola; e ammettendo (41), come anche a noi pare, la legittimità dell'impresa civile, nell'azienda soltanto civile.

In conseguenza la tutela, di cui subito diremo, va riferita all'avviamento in quanto tale e non soltanto all'avviamento dell'azienda commerciale.

Per l'impostazione data, non ci sembra, infatti, artificioso (42) parlare di avviamento dell'azienda non commerciale; ed è in questo senso l'orientamento della migliore dottrina (43).

Ciò detto a precisazione ulteriore e per meglio indicare la portata dell'avviamento, se ne vuole ora prospettare la tutela e ben si vede in che senso.

La legge 27 gennaio 1963 n. 19, cui ci siamo già riferiti, è inidonea a stabilire la rilevanza dell'avviamento oltre l'ambito ristretto della fattispecie ivi prevista. Fornisce, infatti, soltanto uno spunto e una prova alla concezione da noi esposta, poiché qualifica l'avviamento solo a certi determinati effetti.

Per questa ragione, pensiamo che la legge ben si presti all'individuazione logica dell'avviamento, come si è detto; ma è pur vero che, oltre quell'ipotesi di diritto positivo, l'avvia-

---

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 853 ss.; e *L'impresa agr. e i suoi aspetti di diritto com. e fallimentare*, Napoli, 1964. Va, però, precisato che la dottrina riportata muove dal concetto d'impresa e non , come invece sembra a noi più corretto, da quello di azienda. Parla di azienda come figura assorbente l'impresa, SANTORO-PASSARELLI, *loc. cit.*, attribuendo all'azienda contorni eccessivamente ampi che ci sembrano di nessun ausilio all'indagine scientifica e che, a nostro giudizio, sono contraddetti dalle disposizioni positive.

(41) DE MARTINI, *Impresa artigiana e impresa industriale*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, 1961, spec. pp. 18 ss. (dell'estratto).

(42) Così, invece, FERRI, *L'impresa agraria è impresa in senso tecnico?*, in *Atti del III congresso naz. dir. agrario*, Milano, 1954, pp. 394 ss. V., più recentemente, lo studio, voce *Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 926-927.

(43) V., infatti, AULETTA, voce *Avviamento*, cit., dove l'a. non fa restrizioni di sorta; anche, voce *Attività*, cit., p. 986. Ora, spec. GIORGIANNI, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, in *Riv. dir. agr.*, 1964, pp. 21 ss., pp. 32-33.

mento non riceve ancora rilevanza per la mancanza di tutela, rimanendo così, a tutti gli effetti, avviamento in senso economico. Il problema dell'avviamento è per noi, dunque, il problema della sua qualificazione, in via generale.

Per questo appunto, parliamo di tutela giuridica in senso ampio (44), attinente cioè alla « assunzione di entità » nell'ordine legislativo o, anche più genericamente, attinente alla « qualificazione giuridica ». Se il riconoscimento ci fosse, l'avviamento, indubitabile bene economico e di fatto, diventerebbe bene giuridico, col passare dall'ampia, varia realtà dei beni del vivere umano, non ancora assunti nell'ordinamento positivo e di per sé generici, all'altra realtà dei beni di diritto, tali perché riguardati sotto il profilo della tutela e non, invece, sotto l'altro, precedente, dell'utilità e « utilizzabilità da parte degli uomini ». Onde magistralmente si insegna che, in una veduta di sintesi, « i beni della vita » mercé la tutela giuridica, divengono « beni in senso giuridico » (45).

In tal senso, è precisa l'affermazione per la quale l'avviamento è oggetto di tutela (46), senza, per altro, che sia in modo alcuno conseguente l'illazione, di per sé inesatta ed equivoca, secondo la quale l'avviamento è un bene immateriale. Infatti, studiando il problema negli aspetti generali per offrirne l'orientamento sicuro nelle singole applicazioni, l'autorevole pensiero più volte richiamato ha raggiunto l'alto risultato di apportare chiarezza sistematica — non certo propria dei cultori commercialisti della materia — col porre in rilievo che altro è il bene, quale oggetto di tutela e di valutazione giuridica, altro è il bene quale oggetto primo ed immediato della tutela posta a vantaggio (diretto) di un soggetto determinato. I beni in senso generico si distinguono nettamente dai beni in senso proprio che costitui-

---

(44) Come messa in luce dalla più autorevole dottrina: PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., pp. 1-62; spec. 27-61; cfr. p. 305. Utilizziamo, nel seguito, i risultati dell'indagine magistrale del Pugliatti, facendone applicazione nella materia.

(45) PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 15-16.

(46) PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 24.

scono una specifica attribuzione del soggetto, e per meglio dire una situazione soggettiva, che, in particolare, si puntualizza nel diritto soggettivo. Una volta inquadrato così rigorosamente il problema, è preferibile parlare di bene in senso giuridico o più brevemente di bene, con riferimento non al bene (giuridico) in senso generico, ma al bene (giuridico) vero e proprio (in senso stretto).

Si vedrà allora che l'avviamento rimane al suo posto di valore dell'azienda, senza essere un bene (immateriale). È questa la soluzione data dalla legge ricordata, dove l'avviamento è oggetto di tutela solo mediato, poiché la disciplina vi si riferisce indirettamente per porre la fattispecie danno-diritto soggettivo al compenso. Ne consegue che la tutela specifica è del danno, verificatosi nell'azienda, una volta di più salvaguardata nella sua integrità; e non dell'avviamento che, per l'appunto, non è un è un bene (giuridico in senso proprio) (47).

È questa la prospettiva che, secondo noi, sarebbe opportuno che il legislatore seguisse nell'auspicabile disciplina della materia, oggi mancante.

Ciò sopratutto perché, nella concezione oggettiva sopra esposta, la tutela dovrebbe rivolgersi all'azienda col sanzionare la perdita dell'avviamento, e dunque dovrebbe porsi a difesa primaria dell'integrità dell'azienda, intesa come oggetto di rapporti giuridici, oggetto qualificato per le ragioni richiamate più indietro. La affermazione di per sé non comporta, però, che l'azienda sia un bene (48); serve piuttosto, ai nostri fini, a porre in rilievo la opportunità che la disciplina in materia d'avviamento si concreti in regola oggettiva dalla quale non derivi il diritto soggettivo alla tutela dell'avviamento. Questo perché la tutela dell'avviamento non è vista come tutela immediata dell'impreditore e nell'interesse individuale; ma piuttosto nell'interesse generale

(47) Al riguardo, v. n. *La « tutela giuridica dell'avviamento com. »*, cit., p. 673 testo e nota (46) (47) (48).

(48) Ci occupiamo dell'argomento nello studio, *Possesso e rivendicazione d'azienda*, già richiamato.

riferito all'azienda quale ente di produzione per il mercato. Solo indirettamente e di riflesso, viene garantito l'interesse dell'imprenditore, proprio perché è questi che agisce e dispone della azienda, a lui spetta la titolarità della stessa e, in ultima analisi, è per lui che il mercato si arricchisce della produzione.

Nella tesi esposta, sulla scorta di precedenti positivi e dell'esempio più importante — individuabile con un'autorevole dottrina (49) nella disciplina sulla repressioine della concorrenza sleale —, giustifica la tutela dell'avviamento, nel senso detto, prima l'interesse generale (produzione per il mercato) poi l'interesse personale (dell'imprenditore). Da ciò consegue che la desiderabile tutela dell'avviamento, per riguardo al primo profilo, trova ragione d'essere nella salvaguardia dell'efficienza funzionale dell'azienda; per riguardo al secondo, giova all'interesse dell'imprenditore perché gli riconosce il potere di essere indennizzato della diminuzione d'avviamento che l'azienda subisce per un evento qualsiasi, non imputabile alla sua condotta.

Volendo esprimerci più generalmente, per meglio delineare i termini del problema, la tutela di cui parliamo non può, a giudizio di chi scrive, realizzare una « sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela destinato ad un soggetto particolare » (50); attua, invece, il diritto soggettivo dell'imprenditore alla repressione dell'illecito in riferimento all'azienda (51), contemplata come oggetto di rapporti giuridici e difesa, per i motivi espressi, nella sua integrità.

Si tratta, cioè, d'introdurre nel sistema legislativo il divieto formale di un fatto, che in conseguenza diventa illecito, riconoscendo al soggetto imprenditore il diritto soggettivo alla repressione come mezzo adeguato allo scopo. E poiché nella concezione esposta il fine della tutela è la salvaguardia dell'efficienza funzio-

---

(49) La dottrina è stata richiamata alla n. (4) di p. 116.

(50) Così PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 27, p. 61, p. 305.

(51) Cfr. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 45, p. 308 testo e nota 118.

nale dell'azienda, riguardata nella sua dinamica, e cioè sotto il profilo che le è peculiare, ne discende che l'avviamento, quale misura dell'efficienza effettiva del complesso e valore dell'azienda, deve essere garantito in modo che nessuna diminuzione si verifichi. Il fatto o l'evento che a ciò conduce è illecito e fa nascere l'obbligazione a carico di un soggetto a volta a volta individuato, secondo differenti criteri, come diremo nel capitolo seguente.

Qui preme rilevare che l'illecito, di cui discorriamo e consistente nel fatto, certo e provato, della diminuzione di avviamento, non può essere inquadrato nell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c. perché nel caso nostro si prescinde del tutto dall'atteggiamento soggettivo dell'autore.

Al contrario, anzi, proprio per assicurare la tutela dell'avviamento su basi oggettive, un tale avvicinamento è senz'altro da escludere. Qui, sono le situazioni giuridiche (diritto di proprietà, diritto di godimento), attribuite ad un soggetto, che fanno nascere a suo carico l'obbligo all'indennizzo di perduto avviamento, come diremo nel capitolo seguente. Conseguentemente, non sorge, come invece ai sensi dell'art. 2043 ss. c.c., responsabilità per danno e successivo obbligo al risarcimento; si tratta, infatti, di un obbligo all'indennizzo, senza, ripetiamo, che si faccia questione, in principio, di colpa o dolo dell'obbligato.

Una tutela veramente oggettiva è realizzabile solo sul presupposto descritto.

Conforta la tesi l'autorevole indagine, rigorosamente scientifica, della dottrina migliore già richiamata, ormai entrata nel patrimonio delle nozioni solidamente acquisite (52).

---

(52) L'auspicata tutela dell'avviamento può trovare, *de iure condendo*, giustificazione anche nella responsabilità senza colpa, oltre gli argomenti che ci vengono suggeriti dall'esame del diritto vigente. Vogliamo, qui, riferirci a Coviello N., *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XXIII, 1897, pp. 188 ss. È noto lo studio dell'illustre maestro ed è superfluo riepilogarlo, sia pure nelle linee costitutive. Giova, nondimeno, agli effetti dell'indagine nostra, riferire le conclusioni, ancora oggi di piena attualità, cui giungeva l'a.: «il principio della responsabilità senza colpa si addimostra essere questo: chi esercita un

L'ulteriore conferma è nel diritto positivo ed è dato dalla recente legge in tema di avviamento commerciale, cui più volte ci siamo riferiti (53).

Sul fatto oggettivo della perdita d'avviamento, la legge (art. 4) (54) fonda il diritto soggettivo al compenso, prescindendo dall'atteggiamento del proprietario d'immobile, il quale, per ipotesi, non rinnovando la locazione, non ha commesso illecito di sorta. L'illecito, il fatto illecito (55), sta, invece, nel venir meno dell'avviamento, che la legge tutela ponendo a carico del proprietario, e per il solo fatto d'essere proprietario, l'obbligo all'indennizzo, cui corrisponde il diritto soggettivo dell'impren-

---

diritto o un'attività lecita deve sopportare le conseguenze dannose che ricadono sul patrimonio altrui, allo stesso modo che le avrebbe sopportate se avessero colpito direttamente il proprio » (ivi, p. 206; cfr. pp. 208 ss.) « Resta, così, a parer mio, pienamente giustificata la responsabilità senza colpa col principio dell'attività lecito spiegata nel proprio interesse, che torna ad essere anch'esso il principio di causalità cosciente e volontaria. Chi agisce nel proprio interesse, agisce a proprio rischio: l'esercizio del diritto proprio non deve produrre la negazione del diritto altrui — sono per me principi giuridici di asiomatica evidenza » (ivi, p. 210). E, a conclusione, l'a. affermava l'esigenza della moderna economica sociale dicendo: « certo conseguenza ultima della nostra tesi è la ripartizione del danno » (ivi, p. 215). Non troviamo altre parole tanto efficaci per chiarire il fondamento di tale responsabilità, di per sé atta a realizzare una tutela eminentemente oggettiva. La responsabilità senza colpa va oggi più che mai rivalutata specie in opposizione alla teoria della c.d. responsabilità oggettiva, che, sulla scia dell'elaborazione scientifica di altri paesi (cfr. l'ampio panorama in materia di MINERVINI, *Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera*, in *Giustizia civ.*, 1952, pp. 626 ss.), tende ad annullare, col riferimento al rapporto di causalità materiale, il fondamento di ogni vera responsabilità, il quale consiste comunque nel « principio di causalità cosciente e volontaria » (cfr. per la responsabilità c.d. oggettiva, ora JAEGER P.G., *La concorrenza sleale come atto illecito e la prescrizione delle azioni relative*, in *Riv. dir. ind.*, 1961, p. 133, dove citazioni; contro, invece, BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, pp. 572 ss., il quale, però, equipara la responsabilità *oggettiva* alla responsabilità *senza colpa*, come la gran parte degli autori). V. più avanti, le osservazioni a p. 183 e a p. 186 nota (20).

(53) In proposito, v. n. studio richiamato alla nota (47), p. 674 ss.

(54) *Retro*, p. 100 ss., per l'interpretazione dell'art. 4, nel sistema posto dalla l. 27 gennaio 1963, n. 19.

(55) Parliamo di fatto e non di atto illecito, avendo escluso che nel caso in esame ricorra la fattispecie di cui agli artt. 2043 c.c. Precisiamo, più avanti, alla pagina seguente.

ditore. La dizione usata dalla legge ci sembra porre bene l'accento sull'oggettività della tutela riferita all'azienda e non invece, direttamente almeno, all'imprenditore: «il conduttore uscente ha diritto di essere compensato dal locatore per la perdita dell'avviamento che l'azienda subisca in conseguenza» dello spirare della locazione.

7. Il fatto illecito descritto (56) non è dunque l'atto illecito, di cui agli artt. 2043 ss. c.c.; consiste nella perdita dell'avviamento e cioè nella diminuzione della (misura della) efficienza funzionale, che, in vista della finalità del complesso, si vuole evitare, almeno per equivalente, obbligando al compenso un soggetto a favore dell'imprenditore. Individueremo il soggetto passivo del rapporto di credito, più avanti, nell'esame dedicato ai lineamenti conclusivi della costruzione.

Preme qui, a chiusura delle considerazioni esposte, ricordare ciò che si è detto a precisazione del concetto di avviamento.

Richiamiamo brevemente l'argomento.

Posto che l'avviamento è misura ed indice della efficienza dell'azienda, ne consegue che di avviamento si parla solo per l'azienda gestita e non, invece, per l'azienda destinata, per la quale prende il posto dell'avviamento la valutazione soggettiva ed extragiuridica dell'idoneità a produrre e, comunque, della futura ed ipotetica efficienza funzionale. Va, quindi, da sé, che la configurabilità della tutela proposta suppone la permanenza dell'azienda danneggiata ad oggetto d'impresa (57). Verrebbe meno altrimenti il fondamento stesso della tutela e la

(56) Parliamo, come ci si accorge, di illecito in senso ampio, accogliendo i risultati della penetrante indagine di SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 164 ss., spec. pp. 171-172.

Cfr., anche, PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 98 ss., spec. pp. 104-105.

(57) Per la questione particolare, v. *La «tutela giuridica dell'avv. com.»*, cit., pp. 670-671.

azienda da gestita diverrebbe azienda destinata, non suscettibile come tale di avere in sé l'avviamento; o, anche, potrebbe non essere più azienda per l'uso che l'avente diritto faccia di ogni singola cosa o bene.

Nelle due ultime ipotesi, nessuna tutela può essere invocata, come diremo nelle pagine seguenti, ed è saliente, in ambedue i casi, il carattere tutto privatistico dell'azienda che è e rimane, per la legge, confusa nel patrimonio (58) dell'imprenditore (e v. art. 86 comma 1°, n. 1 l.f.) .Nell'uno e nell'altro, e cioè quando il complesso di cose e beni viene sottratto agli atti d'impresa e manca quindi la fattispecie giuridica dell'azienda, viene meno il profilo tutto oggettivo della tutela delineata, che non ha più ragione d'essere.

Ci sembra di poter concludere così sull'argomento.

Le osservazioni esposte sono di tramite alla individuazione completa della fattispecie di tutela, delineata nel successivo capitolo.

---

(58) Patrimonio, s'intende, in senso proprio: al riguardo, DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 172. In via generale, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 68.

Capitolo VIII

LINEAMENTI CONCLUSIVI DELLA COSTRUZIONE E SUOI ASPETTI *DE IURE CONDENDO*

Sommario: 1. Considerazioni riassuntive. Il problema *de iure condendo*. — 2. Individuazione della fattispecie di tutela dell'avviamento. Criteri per la ricerca. La continuità di gestione dell'azienda come requisito necessario per l'accertamento della perdita di avviamento e come presupposto della tutela. — 3. (segue) Precisazioni. La tutela dell'avviamento non può prescindere dalla considerazione dei singoli elementi. Motivazione dell'assunto ed esclusione che la tutela possa rivolgersi direttamente all'avviamento o direttamente all'azienda. — 4. (segue) La perdita dell'avviamento tutelabile. L'importanza dell'evento (perdita di avviamento) rispetto all'azienda come criterio, pratico e specifico, per la scelta degli elementi alla cui sorte è legata la tutela dell'avviamento. In nota: esclusione che i servizi del personale possano dar luogo a perdita di avviamento tutelabile. — 5. (segue) Esclusione di restrizione della tutela *a*) per riguardo ai rapporti di cui l'imprenditore si serve per l'acquisto di beni e cose; *b*) per riguardo all'attività dell'imprenditore, sia o no rivolta immediatamente ai consumatori. — 6. (segue) Il godimento a titolo temporaneo dell'elemento aziendale come ulteriore presupposto della fattispecie di tutela. Ragioni. Assenza di tutela del profitto, nell'ordinamento vigente, in relazione all'impresa ed esclusione di questa *de iure condendo*. — 7. (segue) Precisazioni. L'avviamento *solo economico* nell'azienda formata da elementi in proprietà dell'imprenditore. — 8. La fattispecie di tutela come rapporto obbligatorio, avente per contenuto la pretesa al compenso e per oggetto il compenso stesso. In nota: genericità del termine *compenso*, assunto nell'ampia accezione di forma compensativa del pregiudizio. — 9. I soggetti della fattispecie. Criteri per l'individuazione.

1. Nelle righe che precedono, abbiamo cercato di orientare l'auspicabile tutela dell'avviamento su basi solo oggettive ed abbiamo precisato in che senso. Si è giustificata la tesi col far ricorso all'opportunità che l'azienda sia ancor più difesa nella sua integrità, come ci pare sia richiesto dalla configurazione della stessa secondo la legge vigente per la quale l'azienda è oggetto degli atti dell'imprenditore ed ente di produzione per il

mercato. In conseguenza, e ragionando sulle norme di diritto positivo, si è dato differente rilievo all'interesse (privato) del titolare e all'interesse (pubblico) dei consumatori, cercando di tradurre l'uno e l'altro nella prospettiva di tutela *de iure condendo*. Per questo motivo, si è parlato d'illecito in riferimento all'azienda e di tutela dell'illecito (1), ponendoci, come ben si comprende, dalla parte dell'imprenditore che, in quanto titolare dell'azienda, è competente a far valere la disciplina di tutela.

Ciò posto in via di premessa sintetica, occorre qui indicare analiticamente i lineamenti della costruzione che proponiamo, rammentando una volta di più che la nostra veduta non trova accoglimento nel diritto vigente e rappresenta soltanto un modo cui potrebbe attenersi il legislatore qualora, nel futuro, volesse regolare la materia.

Nondimeno, l'indagine che veniamo svolgendo prende più di uno spunto dalle disposizioni in vigore, come abbiamo di volta in volta posto in rilievo e faremo nel seguito. Questa la ragione che ci ha indotti a prospettare la costruzione prescelta a preferenza di altre possibili; questa la ragione per la quale, almeno nell'intento di chi scrive, la tutela dell'avviamento auspicata si presenta come il completamento della disciplina attuale sull'azienda.

2. È di guida nell'indagine il contemperamento degl'interessi, privato e pubblico, che continuamente si trovano di fronte; e l'azienda richiama comunque l'uno e l'altro (2) per-

(1) La terminologia è derivata da Pugliatti, *Beni e cose*, cit., p. 45. V. a p. 162 la nota (51).

(2) Al riguardo, l'insegnamento del Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, pp. 131 ss., dove l'a. ribadisce l'esclusione del fine di lucro, che non caratterizza l'attività imprenditrice, e chiarisce ancora meglio la conclusione argomentando dall'interferenza tra interesse privato e pubblico d'evidenza innegabile nella disciplina positiva. V. ora, l'acuta indagine di Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Studi per Jemolo*, cit., pp. 351 ss., spec. p. 363, pp. 366 ss., p. 373.

chè, giuridicamente, è un tipico strumento di diritto privato che appartiene al titolare e a lui serve per scopi egoistici, e al tempo stesso produce per il mercato, e cioè è vista dalla legge vigente in funzione della soddisfazione del pubblico interesse, al dilà di quello privato dell'imprenditore.

Tale precisazione, più volte sottolineata, giova ad evitare fraintendimenti. Noi sosteniamo, infatti, che l'azienda appartiene e debba in avvenire appartenere al diritto privato; ed escludiamo che il potere dispositivo dell'imprenditore sia piuttosto da qualificarsi una funzione anziché un diritto soggettivo (3). Al contrario, invece, data in principio l'esclusiva attinenza dell'azienda al diritto privato, poniamo l'accento sulla peculiarità dell'istituto la cui importanza è di gran peso nell'economia moderna. Per questo appunto, ma senza sfigurare le nette linee privatistiche dell'azienda, vorremmo una tutela più completa dell'integrità della stessa, atta a rafforzare maggiormente quelle linee nel modo che veniamo esponendo a conclusione di questo studio.

Riteniamo, infatti, necessaria per la fattispecie proposta la duplice condizione della gestione dell'azienda al verificarsi dell'illecito (perdita d'avviamento), come anche la continuazione della gestione in seguito all'evento.

In altri termini, è indispensabile per la configurazione della tutela avvenire, che l'azienda sia gestita, non potendosi altrimenti parlare di avviamento nel significato più volte precisato. Si è già visto che l'avviamento manca all'azienda destinata, riducendosi in questa alla valutazione empirica e soggettiva dell'ipotetica funzionalità.

Ma non basta; è altrettanto necessario che l'azienda continui ad essere strumento d'impresa dopo la perdita dell'avviamento, essendo altrimenti impossibile l'accertamento dell'illecito.

---

(3) Riafferma, ora, l'appartenenza dell'impresa, in generale, al diritto privato, ORLANDO CASCIO, *Il « nuovo volto » del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, pp. 65 ss., alla p. 71 e 72.

Ciò discende direttamente dall'essenza medesima dell'avviamento, definito quale valore che esprime la misura della funzionalità del complesso in riferimento all'idoneità dei singoli elementi ad integrarsi tra di loro.

Una volta terminata per i motivi più diversi la gestione, viene meno l'azienda come oggetto di disposizione dell'imprenditore perché non esiste più l'imprenditore. Irrilevante è, nel caso, l'eventuale perdita di avviamento, perché è l'avviamento medesimo a non essere più. Praticamente si danno due ipotesi: o l'azienda cessa di essere tale perché viene meno la destinazione unitaria di cose e beni; o, più semplicemente, diventa (o ritorna ad essere) azienda solo destinata e, come sappiamo, mancante di avviamento.

Ai nostri fini, in ogni caso in cui l'azienda cessa di essere gestita, il problema della tutela dell'avviamento non sussiste. Esemplificando, al termine dei rapporti che hanno ad oggetto il godimento dell'azienda, come l'usufrutto e l'affitto, l'usufruttuario e l'affittuario non potranno vantare nei riguardi del proprietario perdita alcuna di avviamento.

Altra questione è, poi, se per la tutela in discorso, il legislatore richieda l'ulteriore requisito che l'azienda, dopo la perdita dell'avviamento, debba continuare ad essere strumento della stessa impresa, esercitata o meno dal medesimo imprenditore, oppure anche di altra impresa (4).

Si comprende chiaramente che la tutela di cui parliamo non incide, in principio, sulla libertà d'iniziativa né dell'imprenditore, come potrebbe seguire alla concezione pubblicistica dello stesso dando peso soverchio all'interesse dei consumatori; né del proprietario del complesso aziendale, come avverrebbe accentuando l'interesse dell'imprenditore.

---

(4) La prima eventualità si verifica a nostra giudizio almeno, per la recente legge in tema di avviamento com.: v. n. *La « tutela giuridica dell'avviamento com. »*, cit., p. 671.

3. Veniamo, così, delineando più compiutamente la fattispecie.

L'argomento or ora accennato circa la necessità della gestione protratta oltre il verificarsi dell'illecito, fa agevolmente intendere lo scopo stesso della tutela volta a garantire l'integrità dell'azienda nella sua propria dinamica, col porre rimedio alla perdita di avviamento.

Consegue da quanto diciamo che in nessun caso la tutela proposta è data all'azienda in sé e per sé considerata. Non si dimentichi che parliamo di tutela dell'avviamento.

Occorre ulteriormente spiegarci sul punto che ci occupa, e stabilire se, in principio, la tutela dell'avviamento è strettamente connessa e suppone sempre la sorte delle singole componenti del complesso aziendale; oppure, invece, ne prescinde.

S'intuisce la problematica derivante dall'una o dall'altra impostazione.

Nella prima ipotesi, infatti, l'avviamento, quale valore, è conservato al suo posto di indice dell'interdipendenza degli elementi. Al variare di questi, può venire meno nella sua intensità; oppure può rimanere inalterato; come, anche, può aumentare.

Al riguardo si abbia presente, per ciascuna dell'eventualità indicate, il dato di fatto più evidente e già al centro della elaborazione della proprietà commerciale. Allorché l'immobile di proprietà altrui non è più utilizzato dall'imprenditore ed esce dall'azienda, può verificarsi perdita d'avviamento. Ma se l'imprenditore rimpiazza quel vuoto con un altro immobile che, come il primo, esplica nell'azienda lo stesso identico ruolo, agli effetti dell'interdipendenza, l'avviamento non subisce variazione di sorta, né in diminuzione né in aumento.

D'altronde, è ben possibile che al primo immobile l'imprenditore sostituisca un secondo che, per le sue qualità intrinseche e l'alta rendita di posizione, giovi all'azienda in modo più accentuato del precedente. Conseguentemente l'avviamento

potrà essere maggiormente intenso, aumentare ed esprimere una più elevata efficienza funzionale dell'azienda.

Solo nell'eventualità prospettata per prima, si fa luogo alla tutela poiché solo allora si verifica la perdita dell'avviamento, il fatto illecito che dà ragione della tutela stessa.

Ciò comporta chiaramente — ci pare — l'evidenziarsi del profilo oggettivo della realtà aziendale, dal quale ci poniamo per lo studio del problema.

È, infatti, interesse generale che l'azienda gestita continui ad arricchire il mercato e non subisca alcun danno a svantaggio del pubblico interesse e a solo vantaggio di quello privato: nel caso fatto dell'immobile, a vantaggio del proprietario che non riconosce più all'imprenditoe il diritto di godimento sulla propria cosa. Quando, invece, l'interesse generale non è leso, come nelle altre due ipotesi, viene a coincidere con l'interesse privato, non sussiste divario di sorta fra i due, ed il profilo oggettivo dell'azienda si confonde con quello soggettivo per cui l'azienda rientra, in principio, nel patrimonio del disponente, senza che nessuna distinzione si possa fare tra quella e questo, con le note conseguenze che ne derivano in via generale (prima, fra tutte, la mancanza di autonomia patrimoniale riferita alla azienda) e, in via particolare, sopratutto agli effetti della responsabilità dell'imprenditore.

D'altronde, posto che la tutela dell'avviamento si giustifica per il fatto illecito consistente nella diminuzione del valore aziendale, manca la possibilità di difendere per sé l'avviamento e quindi fornire di tutela la stasi come l'aumento dello stesso o tutelarlo indipendentemente dalla continuazione dell'impresa, perché una tale tutela si risolverebbe nell'altra volta a garantire il profitto dell'imprenditore, e cioè l'interesse singolo, ponendo in ultima analisi il problema in termini soggettivi ed in contrasto con quanto fin qui siamo venuti esponendo.

È questa la ragione per cui la tutela dell'avviamento non può prescindere dalla considerazione dei singoli elementi del complesso, ed anzi, si fonda proprio sull'interdipendenza di

questi, senza che possa darsi il caso contrario. Nello schema delineato non trova possibilità di essere la tutela dell'avviamento in quanto tale o realizzata attraverso l'azienda, con una norma riferita, cioè, all'azienda intesa nella sua unitarietà. L'una o l'altra delle ipotesi sarebbe infatti prospettabile solo se si propendesse per la soluzione qui combattuta.

Ma si è già escluso che l'avviamento possa essere tutelato di per sé; e non vale ripeterne i motivi.

Parimenti, voler tutelare l'avviamento con norme dirette alla tutela dell'azienda, riguardata in sé e per sé, equivarrebbe a spostare l'asse della disciplina dell'avviamento sull'azienda, e a non porre la qualificazione giuridica dell'avviamento, per cui, in ultima analisi, non sarebbe corretto parlare di tutela dell'avviamento.

Sia pure per altro verso, il nostro problema non avrebbe l'esatta impostazione né troverebbe soluzione.

Si è invece visto che la tutela si rivolge all'azienda non come tale, e che, quindi, almeno per questo riguardo, non assume il carattere di bene in senso stretto; bensì si rivolge all'illecito, consistente nella perdita d'avviamento comunque determinata, in relazione all'azienda.

Pensiamo di aver risposto all'alternativa enunciata all'inizio del paragrafo: se, in principio, la tutela dell'avviamento debbasi considerare strettamente connessa alla sorte degli elementi dell'azienda; o, se invece, può darsi tutela dell'avviamento diversamente e prescindendo da quelli. Riteniamo che sia possibile e conseguente alle premesse solo la prima via.

4. Bisogna ora esaminare quali sono gli elementi del complesso, al venir meno dei quali, per un evento qualsiasi come vedremo, può verificarsi perdita di avviamento.

La delicatezza della questione s'intuisce subito.

Contribuiscono alla formazione dell'azienda cose e beni in-

numerevoli, che non si prestano nemmeno ad un'elencazione di massima (5).

L'imprenditore, d'altronde, è costretto ad aggiornare di continuo il complesso aziendale sostituendo ciò che l'uso e la concorrenza rendono inservibile e superato.

Si pensi ancora, sospingendo più addentro lo sguardo, ad ogni mezzo che il titolare si procura seguendo la via ordinaria delle contrattazioni.

Nessun dubbio, ci pare, che, ad esempio, anche le merci o i servizi ottenuti, per ipotesi, con un contratto di fornitura o di somministrazione, debbano essere considerati elementi aziendali al pari dei brevetti o dei macchinari; merci e servizi che, come ogni altra componente, vengono meno al termine del contratto.

Ora, il problema si pone proprio per riguardo al termine dell'impegno contrattuale, ben potendo in conseguenza della cessata fornitura o somministrazione diminuire l'avviamento.

È configurabile la tutela in questi casi?

Riteniamo di no.

Una siffatta tutela indiscriminata non avrebbe, per la verità, alcun senso. Romperebbe, sopratutto, l'equilibrio degli interessi per il motivo del sacrificio palese di un contraente a van-

---

(5) Sopratutto, rientrano nell'azienda i servizi del personale, come vuole, ora, la dottrina più accreditata: De Martini, *L'usufrutto*, cit., pp. 53-57. Come diciamo nel testo, astrattamente parlando il venir meno di un elemento aziendale, e quindi anche la cessazione del rapporto di lavoro (o d'impiego), causa l'alterazione dell'avviamento. In questi casi, però, non è pensabile la tutela dell'avviamento, non essendo ipotizzabile l'obbligazione del collaboratore (autore della perdita di avviamento) verso l'imprenditore, diretta a compensare la diminuzione dell'avviamento, a motivo della libertà personale del prestatore di lavoro, che caraterizza il rapporto. Si ricordi, infatti, che gli uomini, a differenza degli animali e delle cose inanimate, « non possono essere immessi nella loro integrità nell'azienda, perchè coesiste in essi, con l'aspetto di fonti produttrici di energia, l'aspetto di soggetti giuridici, prevalente sul primo, che finisce per dipendere funzionalmente da esso » (De Martini, *op. cit.*, p. 54). Evidentemente, come dev'essere, l'affermazione della tutela non comporta la necessità d'estensione indiscriminata ad ogni perdita di avviamento.

taggio dell'imprenditore e finirebbe per non essere più oggettiva ma soltanto soggettiva, attuando nella maniera più evidente la sperequazione che in principio si vuole evitare.

Può rendere meglio il pensiero la semplice riflessione sul rischio dell'imprenditore. Come operatore economico, egli risente l'alea della produzione ed è a lui che vanno riferiti in via esclusiva i guadagni e le perdite ed ogni ondeggiamento in più e in meno che l'impresa, forma qualificata dell'attività economica, è destinata a subire durante il suo svolgimento.

Questo rischio, che in un ordinamento come il nostro caratterizza la figura dell'imprenditore, verrebbe ad essere annullato qualora si accogliesse la tutela indiscriminata dell'avviamento, abilitando l'imprenditore alla prova della perdita dell'efficienza funzionale dell'azienda anche nel caso prospettato. In sostanza, una tale tutela si volgerebbe a beneficio soltanto dell'imprenditore, riproponendo lo schema soggettivo, di per sé indatto e da noi rifiutato, già difeso dai sostenitori della proprietà commerciale, peggiorandolo per giunta, a motivo della estensione ad ogni qualsiasi ipotesi di perdita di avviamento. Verrebbe, inoltre, chiaramente compromesso l'interesse pubblico del mercato, che sarebbe del tutto ignorato da una simile disciplina. In conseguenza, e per muoverci sull'esempio fatto, il sacrificio di un contraente non sarebbe in nessun modo controbilanciato nè troverebbe giustificazione alcuna. Se questa fosse la scelta del legislatore, una volta di più si dovrebbe registrare l'inutile costrizione del potere di un soggetto per l'esclusivo vantaggio di un altro soggetto, che, lungi dal rispondere ad esigenze vere, aggraverebbe il disagio, già così acuto nell'attuale società, fomentando il predominio legalizzato di una categoria su un'altra.

Altri motivi ancora portano a negare la fondatezza dell'orientamento criticato.

A ben vedere, non si può parlare di perdita di avviamento tutelabile in ogni caso in cui viene meno un qualsiasi elemento

aziendale; e per questo riguardo, la fattispecie che veniamo delineando risulta ulteriormente precisata. Infatti, posto in ipotesi che l'avviamento è per sua natura sensibile alla variazione di ogni componente aziendale, dall'affermazione non deriva nè la necessità né l'opportunità d'estensione indiscriminata della tutela (6).

L'efficacia medesima della previsione normativa sarebbe compromessa dall'applicazione senza confini alla totalità dei casi. In molti di quelli, come negli esempi indicati, mancherebbe la ragione stessa della tutela che, non bisogna dimenticare, riteniamo giustificata se ed in quanto si pone a difesa dell'integrità dell'azienda.

Ora, è facile ammettere che proprio l'integrità dell'azienda non è compromessa ogni quando — astrattamente parlando — sussista perdita di avviamento.

La tutela auspicata dell'illecito in riferimento all'azienda, per essere concepita su basi soltanto oggettive, non esaurisce, dunque, tutte le possibili ipotesi di perdita d'avviamento. Occorre, cioè, l'importanza del fatto (diminuzione di avviamento) perché si possa giustificare la previsione di legge. Come è evidente, non soccorre un criterio generale ed astratto, bensì un criterio pratico e specifico, dovendosi valutare ogni circostanza di rilievo per determinare, nell'ampia casistica offerta dalla realtà di fatto, la tipologia più soddisfacente e che meglio realizzi la tutela dell'avviamento secondo le linee tracciate.

Operando col criterio proposto, del resto già assunto dal legislatore come generale in altri settori del diritto (7), si potrebbero individuare gli elementi aziendali e distinguerli in ordine alla

---

(6) In qualche ipotesi la tutela è, poi, rifiutata dal particolare atteggiarsi del rapporto a mezzo del quale l'imprenditore si procura beni e cose. È questo certamente il caso, già prospettato, dei servizi dei collaboratori.

(7) Ci riferiamo sopratutto alla norma sulla risolubilità del contratto di cui all'art. 1455 c.c., sulla quale, in generale, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, pp. 475-478.

loro capacità di apporto funzionale in riferimento all'azienda di cui fanno parte.

Si potrebbe ancora indicarne alcuni che, in ogni caso, venendo meno all'azienda, di questa causarebbero una perdita di avviamento sempre tutelabile. Potrebbe, cioè, l'importanza dell'evento (perdita di avviamento)orientare il legislatore a regolare in più modi la materia, pur sempre in aderenza alle esigenze chiarite.

Ma non ci pare utile preferire la prima o la seconda via, stante la libertà della scelta. Rimane però certo che una tutela oggettiva dell'avviamento non può sussistere solo nel caso di perdita dell'immobile, o meglio del locale, in cui ha sede l'impresa, come voleva l'elaborazione della proprietà commerciale, sia pure impostando diversamente il problema; e come vuole la vigente disciplina in materia di locazioni commerciali. E ciò per la duplice ragione che mentre per un'azienda la perdita del locale può comportare la diminuzione effettiva (e irrimediabile) dell'avviamento, per un'altra può non comportarla in concreto, presentandosi l'immobile di ben poca influenza sulla funzionalità del complesso.

È il caso dell'artigiano e della società per azioni di vaste dimensioni. Se per il primo è, in concreto, solo il negozio che conta, per l'altro imprenditore è certo un fatto irrilevante, per il problema qui esaminato, avere la sede in uno stabile piuttosto che in un altro. Se poi si considera che la tutela dell'avviamento è in funzione dell'integrità dell'azienda gestita e, quindi, infine per assicurare l'immissione ordinata di beni e servizi sul mercato, si converrà facilmente sulla maggiore urgenza della sanzione dell'illecito per riguardo alle aziende di media e grande consistenza, sopratutto di grande consistenza, e meno per le altre di dimensioni ridotte, com'è nel caso fatto a titolo di esempio l'azienda dell'artigiano. Le prime specialmente contribuiscono al soddisfacimento del pubblico interesse; e per queste appunto la perdita dell'immobile è, in concreto, di nessuna

rilevanza. Ma anche messa da parte una siffatta discriminazione, ben comprensibile per altro, e che ha la portata di chiarire maggiormente il nostro pensiero, rimane, crediamo, la validità dell'argomento e la conseguente impossibilità che, sull'esempio dei precedenti della proprietà commerciale e delle attuali disposizioni per le locazioni commerciali, la tutela dell'avviamento sia ristretta al solo caso rappresentato dalla perdita dell'immobile, che, come si è precisato, è il meno indicativo.

5. Il criterio proposto, ricercato nell'importanza della perdita di avviamento, contribuisce a delineare più compiutamente la fattispecie di tutela. In quanto tale, questo criterio non comporta propriamente una limitazione quantitativa all'estensione possibile della disciplina avvenire. Costituisce di questa l'idea forza, e quindi fornisce l'indice d'individuazione nella molteplicità d'ipotesi empiriche.

D'altronde, pensiamo che a nessuna limitazione debba indulgere il legislatore. L'esclusione ci pare discendere dalle affermazioni precedenti e, sopratutto, dalla dipendenza della diminuzione d'avviamento dalla perdita di una componente aziendale. Non vengono in rilievo le fonti d'acquisto dei singoli elementi da parte dell'imprenditore, il quale si giova dei mezzi giuridici a sua disposizione per ottenere l'uso dei beni e delle cose che servono all'azienda e la formano al tempo stesso.

Così, non varrà a qualificare la fattispecie di tutela il titolo contrattuale, sia locazione, sia comodato, sia usufrutto, sia affitto, sia qualunque altro.

Correttamente considerato, è questo un fatto preparatorio, e quindi precedente alla perdita d'avviamento, nel significato pregnante per cui concorre a determinare un distinto evento (acquisto all'azienda della cosa o del bene) senza del quale non è ipotizzabile l'illecito.

Il rapporto giuridico, qualunque esso sia, rimane estraneo

alla fattispecie e assume rispetto ad essa il ruolo di presupposto in senso tecnico (8).

Ancora una differenza, dunque, dalla proprietà commerciale che voleva ancorata alla locazione la difesa del commerciante; e, ora, dalle disposizioni vigenti più volte ricordate le quali, per questo profilo, ricalcano le orme della proprietà commerciale.

Dalla premessa discende l'esclusione di un'altra possibile limitazione, i cui precedenti sono egualmente evidenti nella proprietà commerciale e nella legge 27 gennaio 1963, n. 19, all'articolo 1.

Qualora, infatti, s'intenda l'avviamento nell'accezione da noi accolta, non si porrà la questione delle relazioni dirette col pubblico dei consumatori al fine di riconoscere o no la tutela. Nell'esempio sopra menzionato dell'artigiano e della società di grandi dimensioni, l'interesse dei consumatori è soddisfatto in maniera differente, almeno nella normalità dei casi. È essenzialmente il primo imprenditore che si trova ad immediato contatto col pubblico e instaura con la clientela rapporti del tutto particolari che possono non essere consoni alla società.

Ebbene, la distinzione non si presenta di rilievo agli effetti della tutela, poiché non si tratta di difendere l'avviamento immobiliare o la clientela o una categoria di imprenditori. Si vuole, invece, reprimere l'illecito in relazione all'azienda, non importa da chi gestita, se da un imprenditore piccolo o no, ed in indipendenza dalle relazioni col pubblico dei consumatori, dato quest'ultimo in sé poco sicuro ed atto semmai a fondare la sperequazione degli interessi che in principio si deve evitare.

6. A questo punto del discorso, possiamo rendere ragione della necessità, per la fattispecie in esame, che l'imprenditore

(8) Cfr. Santoro-Passarelli, *Dottrine*. cit., p. 89.

abbia in godimento a titolo temporaneo gli elementi aziendali alla sorte dei quali è connessa la perdita di avviamento. L'argomento, fin qui taciuto, deve essere chiarito. Bisogna, cioè, precisare che la circostanza richiamata va riguardata come essenziale alla configurabilità della tutela. Altrimenti quanto prospettato finirebbe per non avere senso.

L'affermazione è, del resto, facilmente comprensibile. Non si dimentichi, infatti, che l'azienda è un tipico strumento di diritto privato e che tale deve rimanere nella disciplina auspicata. È in conseguenza una fonte di reddito e di responsabilità per l'imprenditore, il quale, se opera sull'azienda di sua proprietà, determina la propria condotta in libertà assoluta da vincoli di sorta.

Egli può, dunque, sostituire un elemento aziendale con un altro meno idoneo alla funzionalità del complesso, quando e come vuole, in vista di un fine egoistico. Può così causare direttamente la perdita dell'avviamento, se ciò è per lui vantaggioso nel programma delle personali speculazioni.

Se fosse concessa, la tutela dell'avviamento varrebbe qui — chiaramente, pensiamo — a favorire il profitto dell'imprenditore nella maniera più evidente. Ed è questa una buona ragione per negarla. La protezione del reddito in relazione all'impresa è sconosciuta nell'ordinamento vigente (9), come dev'essere ed è altrettanto desiderabile che lo sia in avvenire.

D'altronde, non si dimentichi che parliamo di tutela oggettiva, volta cioè a reprimere l'illecito, consistente nella perdita

---

(9) Così, da ultimo, PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., p. 45 testo e nota (95); p. 308 nota (118). Il problema della tutelabilità del profitto in relazione all'impresa, ci pare, presentarsi, ora, principalmente nella considerazione della concorrenza parassitaria, figura elaborata in Italia da FRANCESCHELLI, nei noti studi: *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, 1, pp. 265 ss.; *Scritto polemico in tema di conc. parass.*, ivi, 1959, II, pp. 261 ss.; *Della concorrenza parassitaria*, ivi, 1962, II, pp. 12 ss. Si veda, da ultimo, in argomento, CAVAZZUTI, *Note sulla c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 921 ss.; e, meglio, GHIDINI G., *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, pp. 616 ss.; spec. pp. 640-645.

di avviamento, fonte di responsabilità dell'autore che individueremo subito nelle pagine seguenti. Nel caso in esame, l'autore del fatto altri non è che l'imprenditore medesimo, il quale, se si desse la tutela, dovrebbe risentire le conseguenze. Si verificherebbe allora la curiosa situazione per la quale l'imprenditore è soggetto attivo della pretesa, atta a realizzare la tutela, verso se stesso, siccome autore dell'illecito ed in lui si unirebbero le due posizioni di creditore e debitore.

L'ipotetica obbligazione sarebbe destinata ad estinguersi immediatamente al suo sorgere per effetto della confusione.

7. Tutto ciò potrebbe apparire evidente al solo riflettere sull'impostazione che abbiamo creduto dover dare alla questione; e il discorso potrebbe suscitare dubbi circa la sua utilità.

Ma vale la pena fermare brevemente l'attenzione sulle conseguenze che derivano dalle osservazioni svolte.

Si tratta, infatti, specificamente e agli effetti dell'indagine, di escludere la tutelabilità dell'avviamento, quando questo attenga ad elementi in proprietà dell'imprenditore. Più precisamente, si vuole affermare la rilevanza *solo economica* dell'avviamento che, in questo caso, rimane un elemento patrimoniale, oggetto delle contrattazioni e, quindi, non è ancora l'avviamento in senso giuridico, nel significato proprio del termine. Perché lo diventi, si sa che occorre la previsione normativa o, com'è preferibile dire, la qualificazione giuridica. E ci pare evidente che, mancando nel caso e secondo il sistema proposto, la tutela dell'avviamento, non si pone alcun problema di qualificazione in relazione a quest'ultimo.

L'avviamento giuridico esula, dunque, dall'azienda formata da elementi in proprietà dell'imprenditore, nella quale, invece, è presente l'avviamento di fatto indicato anche nel linguaggio degli affari come «prezzo» dell'azienda, espressione che ci pare mettere in forte rilievo l'influenza determinante dell'avviamento così inteso nell'ambito contrattuale.

A pensar bene, avviene qui esattamente come per l'universalità di mobili, di cui all'art. 816 c.c., anche se non si parla di « avviamento » in riferimento ad una biblioteca o a un gregge per la ragione, del resto non sostanziale, dell'uso terminologico circoscritto all'ambito della materia commerciale.

Ma, a parte la questione di linguaggio, è certo che alla biblioteca o al gregge, per fermarci agli esempi fatti, il valore è dato dall'unione di ogni cosa con tutte le altre e non coincide con la somma del prezzo dei singoli volumi o capi, presi a sé. Anzi, bisogna aggiungere, il problema della rilevanza dell'insieme, che trova ora preciso riconoscimento legislativo per riguardo ad alcuni aspetti, è stato posto e risolto, sia pure entro certi limiti, per l'universalità di cose e non per l'azienda (10).

D'altronde quando si pensi che la caratteristica dell'azienda è proprio l'eterogeneità di posizioni giuridiche dell'imprenditore in riferimento alle cose e ai beni che egli strumenta per la produzione (11), la conclusione enunciata appare maggiormente chiarita, e si potrà riconoscere che nell'azienda di esclusiva proprietà dell'imprenditore, secondo quanto già si è detto, manca l'avviamento in senso proprio (12).

---

(10) Cfr., in argomento, l'ampia indagine di PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 298 ss.; spec. pp. 312 ss.

(11) Sul punto, le osservazioni esposte da DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., pp. 97 ss.

(12) La conclusione è agli antipodi delle affermazioni correnti in dottrina. Ma non ci pare, tuttavia, paradossale, e per gli argomenti che siamo venuti svolgendo come per una ragione d'indole generale, che non va sottaciuta. Infatti, il problema dell'avviamento è, per noi, un problema di qualificazione giuridica, la quale è essenzialmente relativa (il PUGLIATTI è lo scrittore che, in sede di teoria generale, più di ogni altro, rammenta, in Italia, questa realtà innegabile ed imprescindibile: cfr. dell'a., *La distinzione tra beni mobili ed immobili*, in *Annali Univ. Messina*, 1930, pp. 123 ss.; ora, *Beni e cose*, cit., il rilievo a p. 311 testo e nota 123). Nessuna meraviglia, allora, che la tutela dell'avviamento, e cioè a dire la sua qualificazione giuridica, sia o non sia, a seconda dei casi. È, forse, qui il punto maggiormente debole della dottrina sull'avviamento, poichè spesso si è omesso di farne un problema di qualificazione giuridica, preferendo piuttosto il riferimento alla realtà di fatto, anche sulla base del significato terminologico (così, ora, spec., CANDIAN, *op. cit.*, alla p. 171).

8. Stabiliti i presupposti della fattispecie di tutela, possiamo ora volgere brevemente l'attenzione al rapporto obbligatorio che la sostanzia, richiamando qui quanto già abbiamo detto nelle ultime pagine del capitolo precedente.

La perdita di avviamento, sempre che sia meritevole di tutela nel senso chiarito, riceve dalla legge, nel sistema auspicato *de iure condendo*, la qualifica d'illecito e cade sotto la previsione normativa che di quell'illecito prevede la sanzione. Lo strumento adeguato che attua la sanzione è l'obbligazione al compenso a carico dell'autore della perdita di avviamento. Si tratta, cioè, anche in questo caso come in altri già regolati dal diritto (13), di un rapporto obbligatorio che, realizzando la tutela oggettiva, intercorre tra il soggetto abilitato al compenso per la perdita di avviamento e l'autore dell'illecito.

Se poi, più specificamente, si dovesse accogliere il criterio della responsabilità senza colpa, la costruzione proposta non esige fatica di chiarimenti perché il riferimento alla responsabilità senza colpa basta da solo a giustificarla.

Non si dimentichi, infatti, che il fondamento di questa responsabilità sta nell'esigenza di ripartire il danno accollandolo in parte all'autore del comportamento e in parte al danneggiato, riducendo così lo svantaggio di questi. In conseguenza, nella nostra ipotesi, sussisterà l'obbligo di concorrenza nel danno, consistente nella perdita di avviamento. Quindi, l'autore dell'evento, e cioè il responsabile — sia pure senza colpa — sarà il soggetto passivo della pretesa dell'imprenditore al compenso.

Concludendo, si può affermare che in ogni modo — sia si assuma a modello la configurazione data dal diritto vigente alle diverse ipotesi di tutela oggettiva, sia si accolga il criterio della responsabilità senza colpa — la fattispecie di tutela si attua nel

---

(13) Oltre l'ipotesi di cui all'art. 2599 c.c., realizzano certamente una tutela oggettiva le regole poste agli artt. 7 (e 9), 8, 10 c.c. (cfr., per questa interpretazione SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 34; v. anche, SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit., p. 169, il quale annovera le ipotesi richiamate fra gli illeciti in *senso proprio*).

rapporto obbligatorio, che ha per contenuto la pretesa al compenso e per oggetto il compenso stesso (14).

9. Venendo a parlare dei soggetti della fattispecie, non occorrono molte parole per indicare il soggetto attivo della tutela nell'imprenditore, abilitato, come si è più volte detto, a far valere la pretesa al compenso.

È, del resto, anche questa una conseguenza della tutela oggettiva auspicata che si realizza, per l'appunto, con l'attribuzione all'imprenditore del diritto soggettivo, di carattere secondario e mediato (15), diretto alla sanzione dell'illecito.

Per il soggetto passivo, il discorso dev'essere un altro.

Si sa che, nella costruzione proposta, è questi a rispondere del compenso a favore del titolare dell'azienda.

Nonostante l'obbligato al compenso sia a volta a volta differente, come subito diremo, è possibile indicare i criteri a cui ogni singola ipotesi può in concreto riferirsi.

Tali criteri possono essere determinati: nelle restrizioni

---

(14) Preferiamo parlare di compenso a motivo della genericità del termine, che assumiamo nell'ampia accezione di forma compensativa del pregiudizio. Infatti, nell'auspicabile disciplina ben si potrà ricorrere a forme compensative differenti dal versamento di una somma di danaro, rimedio di alcuni casi poco prospettabile se non addirittura impossibile. Si pensi, ad esempio, alla perdita di avviamento dovuta al venir meno dell'utilizzazione, da parte dell'imprenditore, di un brevetto. L'esperienza mostra che in casi come questo un'indennità in danaro, gravante su chi dispone del brevetto, potrebbe essere irrealizzabile. In proposito, non è inutile considerare che la l. 27 gennaio 1963, n. 19, più volte menzionata, ha considerato il caso ed ha stabilito, sia pure subordinatamente a determinati requisiti, la scelta tra liquidazione in danaro e liquidazione consensuale del compenso per perduto avviamento, riconoscendo, a tal fine, il diritto (c. d.) d'opzione, a favore dell'imprenditore, « per la proroga biennale del contratto di locazione » (art. 4, comma 3. Cfr., sul punto, n. *Interpretazioni*, cit., al n. 3). D'altronde, è indispensabile far questione di compenso, secondo il significato precisato, in riferimento alla tutela oggettiva nella quale, con la forma compensativa stabilita dalla legge, può coesistere il risarcimento in senso proprio, come ulteriore sanzione, quando sussista colpa o dolo dell'autore dell'illecito (cfr. per le ipotesi richiamate alla nota (13), rispettivamente l'art. 2600 c.c. e gli artt. 7 e 10 c.c.).

(15) Cfr. *retro*, a p. 162.

cui è sottoposto il diritto reale di proprietà; nella prevalenza che, in caso di conflitto, spetta al titolare dell'azienda (imprenditore) a preferenza di ogni altro soggetto titolare del diritto sul singolo elemento aziendale.

Il primo è un criterio generale e esplicitamente accolto nel diritto vigente; il secondo, più specifico, non espresso, è latente e tendenzialmente operante nell'ordinamento positivo.

Delle molte disposizioni concretanti il principio generale di diritto privato, del resto in progressiva espansione (v. l'art. 42 Costituzione), è appena sufficiente considerare l'articolo 823 c.c. Né occorre spendere parola sull'attualità di tale norma, prevista per la proprietà intesa secondo l'accezione tradizionale del termine, ma pur sempre suscettibile di estensione analogica.

Tale principio ha trovato la puntuale applicazione nella recente legge sull'avviamento, come già abbiamo chiarito (16). E, ciò che qui interessa, può servire di orientamento nella desiderabile tutela dell'avviamento, non solo perché rappresenta lo svolgimento di un germe fecondo offerto dal diritto vigente, ma anche perché ci pare rispondente al sentire in senso tutto moderno il diritto di proprietà, come inscindibilmente connesso alla contropartita della libertà di disporre, « consistente in oneri o in obblighi relativi al suo esercizio » (17); o, comunque, per esprimerci con maggior compiutezza ponendo in termini effettivi la questione, da ricollegare « alla situazione generale della realtà contemporanea » (18), senza indulgere ad astrazioni di sorta.

Quando, invece, non soccorre il principio esaminato, può essere di guida l'altro, più specifico, per il quale l'imprendi-

---

(16) V. n., *La « tutela giuridica dell'avviamento com. »*, cit., pp. 675-676.

(17) CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 160.

(18) CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, 1959, p. 301. Sull'argomento, PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 1 ss.; pp. 107 ss.; pp. 123 ss.; e RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1252 ss. (dove ampia bibliografiia).

tore, soggetto economico qualificato, nella sua propria veste di titolare dell'azienda, è compensato del danno che altri, disponendo di pieno diritto di un elemento aziendale, produca al complesso organizzato.

Tale criterio è sopratutto derivabile dal potere di disposizione sull'azienda dell'imprenditore e dalla configurazione legislativa dell'azienda stessa, nella duplice realtà di oggetto dell'impresa e di ente produttivo per il mercato (19).

Ma, come si è detto, è questo un criterio che non trova la conferma in una norma generale, a differenza del primo; eppure è latente e tendenzialmente operante. A nostro avviso, non è dunque, recipito nel vigente ordinamento, né si può, *de jure condito*, far capo ad esso. È bensì prospettabile *de jure condendo*; e si presenta risolutivo per la tutela dell'avviamento (20).

---

(19) V. per questo orientamento, le considerazioni di CANDIAN, *op. cit.*

(20) Ulteriore criterio, per l'individuazione del soggetto passivo, può essere *de iure condendo* l'accoglimento della responsabilità senza colpa, come già si è ricordato a p. 163 nella nota (52).

INDICE DEGLI AUTORI

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA UNIVERSITÀ DI PISA

1. Busnelli F. D., *La lesione del credito da parte di terzi*, pagine X-268.
2. Palazzo A., *Autorità e potere*, pagg. 160.
3. Cognetti C., *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, pagine IV-108.
4. Picardi N., *La successione processuale*, I. Oggetto e limiti, pagine XII-210.
5. Pera G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, pagg. IV-344.
6. Merusi F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, pagg. VI-368.
7. Piras, A., *Il problema delle società unipersonali*, pagg. IV-160.
8. Coviello N., *La « proprietà commerciale » nella dinamica dell'azienda*, pagg. VIII-189.